قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة

إعداد

لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري

برئاسة الأستاذ الدكتور

صوفي أبو طالب

رئيس مجلس الشعب الأسبق

وعضوية أكثر من سبعين عضواً من أساتذة الشريعة الإسلامية والقانون وشيوخ القضاة

على رأسهم الإمام الأكبر شيخ الأزهر

جاد الحق علي جاد الحق

قانون التقاضي والإثبات

دار ابن رجب للنشر والتوزيع

قانون الإثبات

مشروعات تقنين أحكام الشريعة الإسلامية

(أولاً) تشكيل لجان خاصة [1]
للنظر في أعمال لجان تقنين الشريعة الإسلامية

رئيس المجلس:

يسعدني أن أعرض علىٰ المجلس ما تم إنجازه في موضوع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الذي طال انتظار الشعب له.

كان المجلس - إعمالًا لحكم المادة الثانية من الدستور - قد وافق في جلسته المعقودة في (17) من ديسمبر سنة 1978، علىٰ تشكيل لجنة خاصة لدراسة الاقتراحات الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتقنينها، وقد رخص للجنة في أن تستهدي بكل الدراسات والتقنينات والقوانين الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، سواء في مصر أو في الخارج، كما رخص المجلس لها في الاستعانة بمن تراه من الخبراء والمتخصصين في الشريعة الإسلامية وفي القانون.

واستنادًا إلىٰ هذا القرار، ضم إلىٰ اللجنة الخاصة بعض أساتذة الشريعة الإسلامية والقانون وبعض رجال القضاء، وعقدت اللجنة أول اجتماع لها في (30) من ديسمبر سنة 1978 برئاستي، وقد بدأت اللجنة - تيسيرًا للعمل ورغبة في الإسراع وإنجاز مهمتها - بتشكيل سبع لجان فرعية، هي لجان: التقاضي، والقوانين الاجتماعية، والمعاملات المالية والاقتصادية، والقانون المدني، والعقوبات، والتجارة، والتجارة البحرية.

وقد أنجزت هذه اللجان معظم أعمالها، وعرضتها علىٰ اللجنة الخاصة التي رأت أن تستأنس برأي الأزهر الشريف والجامعات والجهات القضائية، فبعثت إليها بهذه الأعمال؛ لإبداء الرأي في شأنها.

وقد روجعت بعض المشروعات المقترحة في ضوء ما انتهي إليه من رأي أو اقتراح من تلك الجهات، واكتملت صياغتها النهائية.

---

(1) مضبطة الجلسة الحادية والستين (دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي الثالث) المعقودة بتاريخ 20 يونيه 1982.

كما أحطت المجلس علمًا في (12) من يوليه سنة 1980، في بياني إليه عن نشاطه خلال دور الانعقاد العادي الأول بمناسبة فض هذا الدور، بما انتهت إليه لجان تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وما أنجزت من عمل.

وفي (29) من أبريل سنة 1981 أحيط المجلس علمًا بذلك، وأقر تشكيل اللجنة الخاصة، ولجانها الفرعية بعد أن أحيط علمًا بكل ما أنجزته هذه اللجنة ولجانها الفرعية.

وأحطته كذلك - في بياني إليه في (12) من أغسطس سنة 1981 عن نشاط المجلس خلال دور الانعقاد العادي السابق بمناسبة فض هذا الدور أيضًا - بما انتهت إليه تلك اللجان في إنجاز مهمتها.

وإذ لم يتسن حتىٰ الآن عرض المشروعات التي اكتملت صياغتها علىٰ المجلس، فإني أقترح علىٰ حضراتكم الموافقة علىٰ إعادة تشكيل اللجنة الخاصة علىٰ أن تعاونها سبع لجان فرعية، وتتولىٰ اللجنة الخاصة وضع خطة العمل، ومتابعة أعمال اللجان الفرعية والتنسيق بين ما تنجزه من أعمال، وتتولىٰ كل لجنة من اللجان الفرعية دراسة أحد المشروعات التي أنجزتها اللجنة الفنية السابقة وهي:

1- لجنة التقاضي.
2- لجنة القوانين الاجتماعية.
3- لجنة المعاملات المالية والاقتصادية.
4- لجنة المعاملات المدنية.
5- لجنة العقوبات.
6- لجنة التجارة العامة.
7- لجنة التجارة البحرية.

وللجنة الخاصة وغيرها من اللجان الفرعية - الاستعانة بمن ترىٰ الاستعانة به من الخبراء والمتخصصين في الشريعة الإسلامية والقانون.

ومعنىٰ ذلك أن هناك مشروعات تمت صياغتها بعد استطلاع رأي كل الجهات المسئولة المختصة، ولما كان الأمر يقتضي تشكيل لجان خاصة طبقًا للدستور واللائحة لعرض الموضوع علىٰ المجلس في صيغته النهائية، فإنني أقترح علىٰ حضراتكم هذا

الأسلوب حتىٰ يتسنىٰ لنا نظر ذلك في الاجتماع المقبل إن شاء الله.

فهل توافقون حضراتكم علىٰ مبدأ تشكيل هذه اللجان؟

(موافقة).

رئيس المجلس:

استنادًا إلىٰ نص الفقرة الثانية من المادة (82) من اللائحة الداخلية للمجلس، فإني أقترح علىٰ حضراتكم الموافقة علىٰ أن يكون تشكيل هذه اللجان علىٰ النحو الآتي:

أولًا: اللجنة الخاصة:

الدكتور صوفي أبو طالب.................رئيسًا

أعضاء:

الأستاذ حافظ بدوي

الأستاذ إبراهيم شكري

الأستاذ أحمد علي موسىٰ

الدكتور كامل ليلة

الدكتور جمال العطيفي

الدكتور طلبة عويضة

الأستاذ ممتاز نصار

الدكتور محمد علي محجوب

الأستاذ حنا ناروز

وينضم إليهم من الأساتذة والمتخصصين السادة:

أعضاء:

فضيلة الإمام الأكبر شيخ الأزهر

وزير العدل

وزير الأوقاف

رئيس جامعة الأزهر

فضيلة المفتي

رئيس محكمة النقض

رئيس مجلس الدولة

النائب العام
رئيس إدارة قضايا الحكومة
رئيس محكمة استئناف القاهرة
مدير عام النيابة الإدارية
عبد العزيز عيسىٰ وزير شئون الأزهر سابقًا
عبد المنعم النمر وزير الأوقاف سابقًا
زكريا البري وزير الأوقاف سابقًا
عبد المنعم فرج الصدة نائب رئيس جامعة القاهرة سابقًا
عبد الحليم الجندي رئيس إدارة قضايا الحكومة سابقًا
إبراهيم القليوبي النائب العام سابقًا
أحمد ثابت عويضة نائب رئيس مجلس الدولة
أحمد فتحي مرسي نائب رئيس محكمة النقض سابقًا، وعضو مجلس الشورىٰ
عبد الله المشد عضو مجمع البحوث الإسلامية
أعضاء
عطية صقر عضو مجمع البحوث الإسلامية
إبراهيم الوقفي عضو مجمع البحوث الإسلامية
محمد أنيس عبادة رئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون سابقًا
حسين حامد رئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة القاهرة
إبراهيم صالح نائب رئيس محكمة النقض
أحمد السيد سليمان نائب الأمين العام السابق لمجلس الشعب، ومستشار رئيس المجلس
الدكتور جمال الدين محمود أمين عام المجلس الأعلىٰ للشئون الإسلامية
الدكتور فتحي سرور أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي بحقوق القاهرة
نقيب المحامين
عمداء كليات الحقوق

عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر.

اللجان الفرعية:

1 – لجنة التقاضي:

الأستاذ ممتاز نصار........................رئيسًا

الأستاذ عبد الرحمن توفيق علي خشبة
الأستاذ عبد الله علي حسن
الأستاذ فتحي زكي الصادق محمد علي
الأستاذة بثينة الطويل
الأستاذ حامد علي كريم
الأستاذة عنايات أبو اليزيد يوسف
الأستاذ إبراهيم الزاهد
الأستاذ علي السيد هلالي

أعضاء

2 – لجنة القوانين الجنائية:

الأستاذ حافظ بدوي..........................رئيسًا

الأستاذ كمال خير الله
الأستاذ وديع داود فريد
الأستاذ حسين المهدي
الأستاذ طارق عبد الحميد الجندي
الأستاذ حازم أبو ستيت
الأستاذ محمد عبد الغفار السوداني
الأستاذ محمد عبد الحميد المراكبي

أعضاء

3 - **لجنة المعاملات الدينية:**

الدكتور جمال العطيفي........................رئيسًا

الأستاذ عبد الباري سليمان
الأستاذ صلاح الطاروطي
الأستاذ جورج روفائيل رزق
الأستاذ عبد الرحيم عبد الرحمن حمادي
الأستاذ علي علي الرقم
الأستاذ محيي الدين عبد الغفار محرم
الأستاذ عويس عبد الحفيظ عليوة
الأستاذة سماء الحاج أدهم محمد عليوة

} أعضاء

4 - **لجنة التجارة البحرية:**

الأستاذ أحمد علي موسىٰ....................رئيسًا

الأستاذ حنا ناروز
الأستاذ مصطفىٰ غباشي
الأستاذ عبد الغفار أبو طالب
الأستاذ حسن أبو هيف
الأستاذ عبد السميع عبد السلام مبروك

} أعضاء

5 - **لجنة القانون التجاري:**

دكتور محمد كامل ليلة......................رئيسًا

الأستاذ حسين وشاحي
الأستاذ أحمد أبو زيد الوكيل
الأستاذ سعد أحمد بهنساوي قناوي
الأستاذ عدلي عبد الشهيد
الأستاذ عرفات محمد محمود شلباية

} أعضاء

6 - **لجنة القوانين الاجتماعية:**

الدكتور محمد علي محجوب........................رئيسًا

الأستاذ محمود علي أبو زيد
الأستاذة فايدة كامل
الأستاذ أحمد محمد أبو زيد
الأستاذ محمود نافع
الأستاذ محمود أحمد سلام أبو عقيل } أعضاء
الأستاذ إسماعيل أبو المجد رضوان
الأستاذ أبو المكارم عبد العزيز عبد الرحيم
الأستاذ نشأت كامل برسوم
الأستاذ محمود الفران

7 - **لجنة القوانين المالية والاقتصادية:**

الدكتور طلبة عويضة................................رئيسًا

الأستاذ حسن وزيري السيد
الأستاذ مصطفىٰ محمد سليمان
الأستاذ أسطفان باسيلي
الأستاذ محمد عامر جاب الله } أعضاء
الأستاذ شاكر السعيد قزامل
الأستاذ محمود محمد عبد الرحمن دبور
الأستاذ الشيخ صلاح أبو إسماعيل

وهذه اللجان وظيفتها النظر في المشروعات التي أنجزت، وإعداد تقرير عنها بصلاحيتها أو بتعديلها حسبما ترىٰ اللجنة الخاصة؛ لكي يعرض علىٰ المجلس تمهيدًا لإحالتها إلىٰ لجنة الشئون الدستورية والتشريعية؛ لمناقشتها واستطلاع الرأي فيها تمهيدًا لعرضها علىٰ المجلس.

فهل توافقون حضراتكم علىٰ هذا التشكيل؟

(موافقة).

(ثانيًا) بيان السيد الدكتور رئيس مجلس الشعب[1]
عن مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية

رئيس المجلس:

الإخوة والأخوات أعضاء المجلس:

يسعدني اليوم ونحن نختتم هذه الدورة من أدوار انعقاد المجلس الموقر - أن يكون حسن الختام بفضل الله وتوفيقه عملًا خلاقًا، وهو إنجاز عمل تاريخي ضخم - إلا للتعديل الدستوري للمادة الثانية من الدستور - التي تقضي بأن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

ولقد وافقتم حضراتكم بجلسة (20) يونيه 1982 علىٰ تشكيل اللجنة الخاصة، واللجان الفرعية التي ستتولىٰ تقديم مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية التي تم إنجازها ولعل حضراتكم تذكرون ما عرضته علىٰ المجلس من المراحل المختلفة التي مر بها هذا العمل الجليل، منذ اتخذ المجلس في (17) ديسمبر سنة 1978 قراره بالبدء في تقنين الشريعة، ولست بحاجة إلىٰ الحديث عن الجهود أو الصعوبات التي اكتنفت إعداد هذه التشريعات، فحسبنا اليوم أن الأمل والرجاء قد تحولا إلىٰ عمل جليل بناء.

إنه وإن كان الزملاء رؤساء اللجان الفرعية سيقدمون لحضراتكم بيانًا عن كل من هذه المشروعات، إلا أنه يجدر بي أن أشير بادئ ذي بدء إلىٰ أن وضع الشريعة الإسلامية موضع التطبيق والنزول علىٰ أحكامها - هو عودة بالشعب المصري، بل بالأمة العربية والإسلامية كلها إلىٰ ذاتها العربية الإسلامية، بعد اغتراب عشناه في ظل القوانين الأجنبية أكثر من قرن من الزمان، إنه إنهاء للتناقض بين القيم الأخلاقية - نبت هذه الأرض الطيبة - والسياج الحضاري الذي يربط شعبنا بين القوانين الوضعية، كما يتضح من النظرة الدينية والأخلاقية في شأن بعض الأعمال كالزنا، وشرب الخمر، والربا، وبين النظرة إليها وفقًا للقوانين الوضعية القائمة في هذا الخصوص، وما يترتب علىٰ ذلك من

(1) (دور الانعقاد العادي الثالث من الفصل التشريعي الثالث) المعقودة بتاريخ الأول من يوليو1982.

تمزق نفسي، بل إحباط؛ للتناقض بين ما يؤمن به الإنسان المصري والقوانين التي تحكمه.

ويجدر بي في هذا المقام وقبل أن أعرض للسمات الرئيسية والملامح الأساسية لهذه التشريعات، أن أسجل أمامكم، أن هذا العمل الذي أنجزناه إعمالًا للمادة الثانية من الدستور - قد روعي في إعداده وسيراعىٰ في تطبيقه أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية علىٰ السواء، بمعنىٰ أننا كلنا يعلم أن الإسلام يكفل حرية العقيدة لغير المسلمين من أهل الكتاب؛ إعمالًا لمبدأ: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾، كما يكفل المساواة بين المسلمين وغير المسلمين في الحقوق والواجبات؛ إعمالًا لمبدأ: «**لهم ما لنا وعليهم ما علينا**». ويجدر بنا هنا أن نؤكد أن الدستور المصري قد أفرد العديد من المواد لتطبيق هذين المبدأين، من ذلك المادة (40) من الدستور التي نصت علىٰ أن:

«المواطنين لدىٰ القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين، أو العقيدة».

كما نصت المادة (46) على أن:

«تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية».

وهذان النصان الدستوريان قاطعان وحاسمان في تقرير المبدأين الإسلاميين: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾، و«لأهل الكتاب ما للمسلمين ولهم ما عليهم».

وفضلًا عما سبق، فمن المسلمات أنه يتعين تفسير أي نص في الدستور بما يتفق مع باقي نصوصه، وليس بمعزل عن أي منها، وهذا ما يخضع له تفسير النص المعدل للمادة الثانية من الدستور مثل باقي نصوصه، كما أنه من المسلمات أيضًا أن مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء تقرر أن غير المسلمين من أهل الكتاب يخضعون في أمور أحوالهم الشخصية من زواج وطلاق وغيرهما لشرائع ملتهم، وقد استقر علىٰ ذلك رأي فقهاء الشريعة منذ أقدم العصور؛ نزولًا علىٰ ما ورد في الكتاب والسنة؛ ولذلك روعي في التقنينات خضوع غير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية لقوانين ملتهم.

وأهم الملامح الأساسية للتقنينات الجديدة تظهر فيما يلي:

1- أن هذه التقنينات مأخوذة من الشريعة الإسلامية نصًّا، أو مخرجة علىٰ حكم

شرعي أو أصل من أصولها، وذلك دون التقيد بمذهب فقهي معين، ومن هنا استنبطت الأحكام من آراء الفقهاء التي تتفق وظروف المجتمع، ولست في حاجة إلىٰ أن أذكر لحضراتكم أن الأحكام الشرعية تنقسم إلىٰ قسمين:

النوع الأول: أحكام قطعية الثبوت والدلالة، وهذه لا مجال للاجتهاد فيها.

النوع الثاني: أحكام اجتهادية؛ إما لأنها ظنية الثبوت، وإما لكونها ظنية الدلالة، ومن المسلم بالنسبة للأحكام الاجتهادية أنها تتغير بتغير الزمان والمكان، الأمر الذي أدىٰ إلىٰ تعدد المذاهب الإسلامية بل والآراء داخل المذهب الواحد، وهو ما أعطىٰ للفقه الإسلامي مرونة وحيوية أمكن معها القول بأن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

2- حرصت اللجان الفنية التي تولت إعداد هذه التشريعات علىٰ بيان الأصل الشرعي لكل نص من النصوص، أو الأصل أو المبدأ الذي خرجت الحكم عليه؛ حتىٰ يكون الرجوع في التفسير والتأويل إلىٰ مراجع الفقه الإسلامي، بدلًا من الالتجاء دائمًا إلىٰ الفقه الأجنبي.

3- أما بالنسبة للعلاقات الاجتماعية والمعاملات المالية الجديدة التي استحدثت، ولم يتطرق لها فقهاء الشريعة، فقد اجتهدت اللجان في استنباط الأحكام التي تتفق وظروف المجتمع وروح العصر، بشرط مطابقتها لروح الشريعة الإسلامية وأصولها، ومن أمثلة ذلك معاملات البنوك والتأمينات وطرق استثمار المال... إلخ.

4- أنه في سبيل الحفاظ علىٰ التراث الفقهي المصري ومبادئ القضاء التي استقرت طوال القرن الماضي، فقد حرصت اللجان علىٰ الأخذ بالمصطلحات القانونية المألوفة، ولم تخرج عليها في الصياغة إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك، أما المضمون والمعاني فهما مطابقان للفقه الإسلامي.

والتشريعات التي تم إنجازها هي:

1- **مشروع قانون المعاملات المدنية**: ويقع في أكثر من (1000) مادة.

2- **مشروع قانون الإثبات**: ويقع في (181) مادة.

3- **ومشروع قانون التقاضي**: ويقع في (513) مادة.

4- **مشروع قانون العقوبات**: القسم العام والحدود والتعزيرات، ويقع في (635) مادة.

5- **مشروع قانون التجارة البحرية**: ويقع في (443) مادة.

6- **مشروع قانون التجارة**: ويقع في (776) مادة.

الإخوة والأخوات:

إن هذا العمل التاريخي الذي كانت إشارة البدء فيه من مجلسكم الموقر - ما زال بحاجة إلىٰ جهد جهيد يتعين أن يسعىٰ إليه كل الذين يريدون للشريعة الازدهار، كل في مجال تخصصه، وهذا يقتضينا أن نبدأ منذ الآن بما يأتي:

(1) تهيئة المناخ الاجتماعي لقبول التقنينات الجديدة، ويكون ذلك عن طريق وسائل الإعلام المتعددة، وعقد جلسة استطلاع في الموضوعات التي جدت في المجتمع بعد إقفال باب الاجتهاد، وتبنت اللجنة بعض الآراء فيها مثل أعمال البنوك، ونظم التأمين، ونظم استثمار الأموال... إلخ.

(2) يتعين تنظيم دورات تدريبية حتىٰ ينفسح المجال أمام القضاة لدراسة واستيعاب التشريعات الجديدة.

(3) يتعين تغيير برامج الدراسة في كليات الحقوق في الجامعات المصرية بما يتمشىٰ مع التقنينات الجديدة.

حفظ الله أمتنا، وسدد خطاها علىٰ طريق العزة والنصر بقيادة رئيسنا وقائدنا الرئيس محمد حسني مبارك.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

❋ ❋ ❋

(ثالثًا) كلمة السيد العضو ممتاز نصار

رئيس لجنة التقاضي عن:

1 – مشروع قانون إجراءات التقاضي

2 – مشروع قانون الإثبات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

السيد الأستاذ الدكتور رئيس المجلس، السادة الأعضاء:

أود – قبل أن أبدأ تلاوة تقرير اللجنة عن مشروعي قانوني إجراءات التقاضي والإثبات – أن أتوجه بالشكر والعرفان إلىٰ مجلس الشعب الموقر، ورئيسه السيد الدكتور صوفي أبو طالب علىٰ الجهد الوفير الذي صاحب إجراءات تعديل هذه القوانين بالصورة التي انتهت إليها هذه التعديلات، وكذلك أتوجه بالشكر إلىٰ رئيس لجنة إجراءات التقاضي السابق السيد العضو فضيلة الشيخ صلاح أبو إسماعيل، ولقد ساهم بجهد وافر في هذه العملية.

والآن أقدم لحضراتكم تقريرًا موجزا عن مشروع قانون التقاضي في المعاملات المدنية والتجارية، وكلنا نعلم أن لجنة تقنين إجراءات التقاضي والمرافعات بدأت عملها في فبراير سنة 1979، بِناءً علىٰ تكليف من السيد الدكتور رئيس مجلس الشعب؛ لتقنين وإعادة صياغة مواد قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات الحاليين، بما يتفق وقواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، وثار الجدل في بداية عمل اللجنة: هل يقتصر هذا العمل علىٰ مراجعة واستعراض النصوص الحالية لتحديد ما يخالف منها تلك الأحكام، فتلغيه أو تعدله بما يتفق مع الأحكام الشرعية، وما لا يخالفها تبقيه علىٰ حاله؟ أم أنه يجب تأصيل كل مادة من مواد المشروع المعدل؛ ليكون لكل حكم أصله الشرعي الصحيح سواء من كتاب الله عَزَّوَجَلَّ، أو سنة رسوله الكريم ﷺ، أو من الإجماع، أو من آراء الفقهاء الشرعيين؟ وأخذت اللجنة المذكورة بالرأي الأول علىٰ أساس أنه يؤدي إلىٰ سرعة الإنجاز.

وقسمت اللجنة عملها إلىٰ خمسة أقسام، أسندت كل قسم منها إلىٰ لجنة فرعية،

وهذه اللجان الخمس هي: لجنة نظام القضاء وترتيب المحاكم، ولجنة الدعوىٰ والحسبة، ولجنة إجراءات التقاضي، ولجنة الإثبات، ولجنة الحكم وطرق الطعن في الأحكام وتنفيذها.

وقدمت كل لجنة من هذه اللجان الفرعية تقريرها إلىٰ لجنة تقنين إجراءات التقاضي، التي وضعت تقريرًا عامًّا اعتمدت فيه علىٰ قاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة والحل، ما لم يرد دليل التحريم. وفي ضوء ذلك أقرت من مواد قانون المرافعات الحالي الصادر به القانون رقم (13) لسنة 1968 ما لا يتعارض مع أصل من أصول الشريعة الإسلامية، أما ما تعارض منها مع هذه الأصول، فقد تناولته اللجنة المذكورة بالتعديل، أو الإضافة، أو الحذف، أو استحداث بعض مواد جديدة، وبعد الانتهاء من هذا العمل قدمت تقريرها بذلك إلىٰ اللجنة العامة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب، وأرفقت به نصوص اقتراحاتها بمشروعات القوانين التي وضعتها لتعديل قوانين المرافعات والإثبات والسلطة القضائية.

ولكن اللجنة العامة سالفة الذكر أعادت هذا التقرير؛ لتأصيل المواد التي اشتمل عليها جميعًا، ولربط التشريع بمصادره الأصلية من الكتب الشرعية، وعدم الاقتصار علىٰ تعديل ما يخالف أحكام الشريعة وإبقاء ما لا يخالفها.

وفي يوليو سنة 1981 أصدر السيد الدكتور رئيس المجلس قرارًا بتشكيل لجنة ثنائية من الأستاذين المستشار إبراهيم القليوبي النائب العام السابق، وفضيلة الشيخ إبراهيم الوقفي عضو مجمع البحوث الإسلامية ومفتش العلوم الدينية بالأزهر سابقًا؛ وذلك للقيام بهذا التأصيل.

وبدأت اللجنة الثنائية عملها في سبتمبر سنة 1981، وقامت به علىٰ ثلاث مراحل:
أولاها: مرحلة الرجوع إلىٰ أهم المراجع الشرعية اللازمة لهذا العمل. واختارت ما يزيد علىٰ الخمسة والعشرين مرجعًا من أمهات الكتب لأئمة الفقهاء والمجتهدين المشهورين وكتب التفسير والحديث، وقامت مكتبة مجلس الشعب بإحضار تلك الكتب، وتعذر الحصول علىٰ البعض القليل منها، وجعلت اللجنة مقر عملها مكتبة مجلس الشعب، أو في أماكن أخرىٰ، وكانت تعقد ثلاث جلسات أسبوعيًّا أو جلستين،

واستغرقت مراجعة تلك المراجع حتىٰ نهاية شهر ديسمبر سنة 1981، تم فيها استخلاص كل ما يتعلق بموضوعات بحثنا في قانون المرافعات المدنية والتجارية وجمع هذه الخلاصات.

وبعد أن أتمت اللجنة الثنائية هذه المرحلة الأولىٰ، بدأت مرحلتها الثانية وهي إلحاق تلك الخلاصات والأبحاث التي تم جمعها كل في موضعه المناسب من أعمال أقسام قانون المرافعات الموزعة علىٰ لجانه الفرعية الخمس سالفة الذكر.

وفي أوائل يناير سنة 1982 بدأت اللجنة المرحلة الثالثة المهمة والأخيرة من العمل، وتتمثل في تأصيل المواد التي لم تؤصل، وردها إلىٰ أصولها الشرعية من كتاب وسنة أو إجماع أو رأي فقهي؛ لربط التقنين المنشود بمصادره الشرعية، وليكون الرجوع إلىٰ تلك الأصول والمراجع الإسلامية، لا للقوانين والمراجع الأجنبية عند اختلاف وجهات النظر في التطبيق، وذلك مع الإفادة بالتقنينات ومشروعات التقنين الإسلامي الموجودة حاليًا، مع الحرص علىٰ الإبقاء علىٰ الهيكل العام للتشريع المصري القائم، وعلىٰ تذييل كل مادة أو بعض المواد المتعلقة بموضوع واحد بقدر الإمكان بمذكرة إيضاحية يبين فيها الحكم ومصادره الشرعية من كتب الفقه الإسلامي، وذلك بدءًا بالقسم الأول من أقسام القانون وهو القسم الخاص بنظام القضاء، وترتيب المحاكم واختصاصاتها، ثم بباقي الأقسام الأخرىٰ تباعًا، أما المواد المنظمة لأمور مستحدثة ليس لها أصول شرعية ولا تخالف هذه الأصول - فإن وضعها في المشروع سيكون تأصيله استنادًا إلىٰ قاعدة المصالح المرسلة، التي تجيز لولي الأمر وضع المناسب من النظم لتحقيق مصالح المجتمع، ما دامت لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولم يرد نص شرعي باعتبارها أو بإلغائها.

❃ ❃ ❃

مصادر المشروع ومنهجه

راعت اللجنة أن للمشروع مصدرين: أولهما: الكتاب والسنة والإجماع وآراء الفقهاء المدونة في كتب الفقه الإسلامي. **وثانيهما:** سلطة ولي الأمر وفقًا للأحكام الشرعية في تنظيم شئون الدولة ومنها القضاء، والغاية من هذا المصدر تحقيق المصلحة التي يعتبرها الشارع فيما لم يرد فيه نص.

كذلك راعت اللجنة في منهج المشروع أنه لم يمتد إلىٰ إجراءات التقاضي المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، والتي خصص لها قانون المرافعات الحالي الكتاب الرابع منه، بدءًا من المادة (868) إلىٰ المادة (1032)، علىٰ أساس أن يصدر بها قانون مستقل؛ جريًا علىٰ المنهج الذي سارت عليه لجنة الإثبات في مشروعها الذي قدمته لمجلس الشعب؛ استنادًا إلىٰ أن التكليف الصادر إلينا من هذا المجلس هو وضع مشروع قانون إجراءات التقاضي في المواد المدنية والتجارية من الفقه الإسلامي، ولم تدخل الأحوال الشخصية في دائرة تقنين الشريعة بمجلس الشعب، وهي مسائل مختلفة بطبيعتها عن مسائل المعاملات المالية، مما اقتضىٰ أن يكون لها في كثير من الأحيان قواعد خاصة بها تخالف القواعد في المسائل المدنية والتجارية، خاصة وأن أحكام الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين تختلف عنها بالنسبة للمسلمين، وليس المراد توحيدها بين المسلمين وغيرهم لقيامها علىٰ العقيدة الدينية. ومن أجل هذه الاعتبارات لم تدخل لجنة إجراءات التقاضي في عملها الكتاب الرابع من قانون المرافعات الحالي وهو الخاص بإجراءات الأحوال الشخصية، علىٰ أساس أن يصدر به وبقواعد الإثبات الخاصة بها قانون مستقل، ولذلك اقتصر عمل اللجان الفرعية الخمس علىٰ مراجعة تقنين قانون المرافعات الحالي في المواد المدنية والتجارية، ابتداءً من المادة الأولىٰ حتىٰ المادة (513) منه فقط.

❁ ❁ ❁

مبادئ المشروع

وقد قام المشروع المرفق على المبادئ الآتية:

المبدأ الأول: ربط التقنين المنشود بمصادره الشرعية من كتاب الله، أو سنة رسوله الكريم، أو إجماع، أو رأي من آراء الفقهاء المدونة في كتب الفقه الإسلامي؛ ليكون الرجوع إلىٰ تلك الأصول والمراجع الإسلامية، لا للقوانين الأجنبية عند اختلاف وجهات النظر في التطبيق.

المبدأ الثاني: عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي ولو كان المذهب الحنفي؛ وذلك خروجًا من ضيق المذهب الواحد إلىٰ سعة شريعة الإسلام بمذاهبها المختلفة؛ إذ إن المذاهب الفقهية الإسلامية ليست إلا وجهات نظر لأصحابها، لا يقيد غيرها إلا بقدر ما يقوم الدليل علىٰ صحته وعلىٰ تحقيقه للمصلحة المعتبرة شرعًا.

المبدأ الثالث: أنه بالنسبة للمواد المنظمة للأمور المستحدثة، والتي ليس لها أصول شرعية، ولا تخالف هذه الأصول، فإن وضعها في المشروع سيكون استنادًا إلىٰ قاعدة المصلحة المرسلة، التي تجيز لولي الأمر وضع النظم المناسبة لتحقيق مصالح المجتمع ما دامت لا تتعارض مع أحكام الشرع، وهي التي لم يرد نص شرعي باعتبارها أو بإلغائها، وأخذًا بما تعارف الناس عليه في حياتهم وتعاملوا به وفقًا لحكم الشريعة الإسلامية؛ لأن القانون يحب أن يكون وثيق الصلة بحياة المجتمع وعاداته وتقاليده.

المبدأ الرابع: عدم محاولة استقصاء كل التفاصيل والفروع، أو النص علىٰ حكمها؛ اكتفاءً بالكليات؛ تحقيقًا لغرض المرونة، وتمكينًا للقضاء والفقه من دورهما في تطبيق تلك الكليات علىٰ الواقعات وفقًا للقواعد المقررة في الفقه الإسلامي.

❋ ❋ ❋

هيكل المشروع

يشتمل مشروع القانون على:

أولًا: الأحكام العامة في الخصومة والتنفيذ، ثم كتابين.

ثانيًا: الكتاب الأول في إجراءات التقاضي وقواعد المرافعات.

ثالثًا: والكتاب الثاني ويشمل التنفيذ وإجراءاته وشروطه.

الكتاب الأول

ويشمل أربعة أبواب:

الباب الأول: وهو خاص بقواعد نظام القضاء وترتيب المحاكم واختصاصاتها سواء منها الاختصاص الدولي أو النوعي أو المحلي، ثم أحكام وشروط عدم صلاحية القضاة وردهم وتحيتهم وأعضاء النيابة العامة، وكذلك شروط ونظام التحكيم[1].

(1) من هنا فقدت صفحتان من الأصل.

المذكرة الإيضاحية
لمشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية

أهمية قواعد الإثبات:

تحتل قواعد الإثبات أهمية خاصة؛ إذ إن الحق - وهو موضوع التقاضي - يتجرد من كل قيمة في الحياة إذا لم يقم الدليل علىٰ المصدر الذي نشأ عنه، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه، حتىٰ صدق القول بأن الحق مجردًا عن دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواءً، من هنا يتعين أن تلقىٰ قواعد الإثبات الموضوعية منها والإجرائية عناية خاصة؛ إذ إنها الوسيلة التي يتوصل بها صاحب الحق إلىٰ إقامة الدليل علىٰ قيام هذا الحق، وتقديمه إلىٰ القضاء ليمكنه منه.

وتشتمل طائفة القواعد الموضوعية علىٰ سبيل المثال علىٰ الأحكام المتعلقة بمحل الإثبات وبيان من يقع عليه عبؤه، وتفصيل طرقه، وأحوال إعمال كل من هذه الطرق، وغني عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام اتقاء المنازعات، وتأمين ما ينبغي للتعامل من استقرار.

وتشمل طائفة القواعد الإجرائية علىٰ سبيل المثال أيضًا ما يتصل منها بالشكل والإجراءات، ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق علىٰ التحقيق والخبرة.

وإذا كانت تلك هي أهمية الإثبات في سائر النظم، فإن هذه الأهمية تبدو أكثر وضوحًا في النظام الإسلامي الذي لا يكتفي بتقرير الحقوق، بل يحرص علىٰ إعداد وسيلة إثباتها، ومن أمثلة ذلك قوله تعالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ

ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفۡعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ﴿٢٨٢﴾ ۞وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ عَلِيمٞ ﴿٢٨٣﴾﴾ [البقرة: 282، 283]. وغير ذلك من الآيات والأحاديث الخاصة بإعداد الدليل.

كما يحرص النظام الإسلامي أيضًا علىٰ تمكين أصحاب الحقوق من التمتع بها بقضاء عادل، فيقول الله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ [النساء: 58]، وعلىٰ حض الخصم علىٰ ألا يأخذ غير حقه حتىٰ ولو قضي له به، فيقول رسول الله ﷺ: «**إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض؛ فأقضي له علىٰ نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئًا، فإنما أقطع له قطعة من النار**» متفق عليه. (بلوغ المرام، رقم (193)/ ص(17)).

ومن ثم يكون من المتعين في ظل هذا النظام ألا تقف شكلية الدليل المهيأ، أو إجراءات تقديم الأدلة للقضاء - عائقًا يحول دون تمتع أصحاب الحقوق بحقوقهم.

منهج المشروع:

وقد نهجت التشريعات مناهج شتىٰ في اختيار الموضع المناسب لقواعد الإثبات، فذهب بعضها (التشريعات الجرمانية) إلىٰ إلحاقها بقانون المرافعات، وهو مذهب يلقىٰ النقد الشديد من الفقه المصري. وذهب بعضها (التشريعات اللاتينية) إلىٰ توزيع تلك القواعد بين القانون المدني فتختصه بالقواعد الموضوعية، وبين قانون المرافعات فتختصه بالأحكام الإجرائية، وهذا المذهب أيضًا محل نقد؛ لصعوبة التفرقة بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي من قواعد الإثبات، فضلًا عن صعوبة اختيار الموضع المناسب للقواعد الموضوعية في التقنين المدني. وذهب البعض الآخر (التشريعات الأنجلوسكسونية) إلىٰ فصل قواعد الإثبات الموضوعية عن القانون المدني، وفصل قواعد الإثبات الإجرائية عن قانون المرافعات، وتجميعها في تقنين مستقل. وقد أخذ

بذلك التشريع السوري في قانون البينات في المواد المدنية والتجارية (رقم (359) الصادر في (10) حزيران سنة 1947)، وكذا التشريع الأمريكي الذي أضاف إلىٰ قواعد الإثبات في المواد المدنية قواعد الإثبات في المواد الجنائية.

وفي مصر نهج المشرع في المواد المدنية والتجارية أول الأمر منهج الفصل، فضمّن القانون المدني الأحكام الموضوعية في الإثبات، وضمن قانون المرافعات القواعد الإجرائية، ثم عدل عن ذلك إلىٰ منهج الجمع بينهما، فأصدر قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية بالقانون رقم(25) لسنة 1968، وهو المنهج الذي اتبعه أيضًا في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم (78) لسنة 1931 إذ جمع فيها بين الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية في الباب الثالث الذي عنوانه «في الأدلة».

وقد رئي في هذا المشروع الاستمرار في الأخذ بالمنهج الأخير، وهو الجمع بين قواعد الإثبات الموضوعية وقواعده الإجرائية في تقنين مستقل؛ لما في ذلك من تيسير علىٰ صاحب الحق في التعرف علىٰ ما يسند حقه من دليل، وطريق تقديمه للقضاء، وتجنب الصعوبات التي تنجم عن تشتيت مواد الإثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات، مع الصلة الوثيقة التي تجمعهما، حتىٰ ليتعذر في كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعي خالص أو إجرائي خالص، بل إنه لو أمكن ذلك لما كان مرغوبًا فيه؛ إذ إن كليهما ينبني حكمه علىٰ الآخر. وأخيرًا فقد رأىٰ المشروع في هذا المسلك تخلصًا من النقد الذي يوجه إلىٰ موضع مواد الإثبات في القانون المدني القائم؛ إذ جاءت في نهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية في حين أن حكمها يسري علىٰ الحقوق الشخصية والحقوق العينية جميعًا، وهو نقد أحس به واضعو مشروع القانون المدني المصري القائم، وكانوا يأملون لو جمعوا بين قواعد الإثبات وقواعد الشهر في كتاب مستقل.

مصادر المشروع:

وهذا المشروع له مصدران: (أحدهما) آراء الفقهاء المدونة في كتب الفقه الإسلامي، و(الثاني) سلطة ولي الأمر وفقًا للأحكام الشرعية في تنظيم شئون الدولة

ومنها القضاء.

أما المصدر الأول: فقد توسع فيه بحيث لم يحصر في مذهب واحد معين، ولو كان هو المذهب الحنفي الذي ساد في ربوع مصر ردحًا طويلًا من الزمان، وبذلك تحقق الخروج من ضيق المذهب الواحد إلىٰ سعة شريعة الإسلام بمذاهبها المختلفة؛ إذ المذاهب الفقهية الإسلامية ليست إلا وجهات نظر لأصحابها، لا تقيد غيرهم إلا بقدر ما يقوم الدليل علىٰ صحته، وعلىٰ تحقيقه للمصلحة المعتبرة شرعًا.

وأما المصدر الثاني: فغايته تحقيق المصلحة التي يعتبرها الشارع فيما لم يرد فيه نص عن الشارع، أو إجماع، أو دليل شرعي آخر.

مبادئ المشروع:

وقد قام المشروع المرافق على المبادئ الآتية:

المبدأ الأول: الثقة في القاضي بمد سلطته في الدعوىٰ من حيث الإثبات ولكن في حدود معينة.

وهناك مذاهب ثلاثة في القانون في هذا الصدد:

1- **المذهب الحر أو المطلق:** ووفقًا لهذا المذهب لا يرسم القانون طرقًا محددة للإثبات يقيد بها القاضي، بل يترك الخصوم أحرارًا يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي، بها ويترك القاضي حرًّا في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه.

2- **المذهب القانوني أو المقيد:** وفي هذا المذهب يقيد القانون الإثبات أشد التقييد. ففي هذا المذهب يرسم القانون طرقًا محددة تحديدًا دقيقًا لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ويجعل لكل طريق قيمته. ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضي.

3- **المذهب المختلط:** وهو يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد، فهو في المسائل الجنائية أشد ما يكون إطلاقًا، إذ يكون الإثبات حرًّا، يتلمس القاضي وسائل الإقناع فيه من أي دليل يقدم إليه شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر، وفي المسائل التجارية يتقيد الإثبات بعض التقييد مع بقائه حرًّا في الأصل، وفي المسائل المدنية يتقيد إلىٰ حد كبير، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتتسع متمشية في ذلك مع الملابسات والظروف.

والمذهب الأول يميل إلىٰ اعتبار العدالة ولو بالتضحية باستقرار التعامل، ولكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقيًّا؛ فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الواقعية إلىٰ مدىٰ واسع، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم، فإذا جار القاضي أو تحكم في تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها - ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في المذهب القانوني أو المقيد.

والمذهب الثاني يؤثر استقرار التعامل ولو علىٰ حساب العدالة، ولكن هذا المذهب - علىٰ ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل - يباعد بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا أمكن إثباتها بالطرق التي حددها القانون.

والمذهب الثالث يجمع بين ثبات التعامل - بما احتوىٰ عليه من قيود - وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية - بما أفسح فيه للقاضي من حرية التقدير -
.

(السنهوري، الوسيط، جـ (2)، البند (20)، ص (27) وما بعدها).

وإنا لنجد في الفقه الإسلامي المذهبين الأول والثاني. فذهب البعض إلىٰ حصر طرق القضاء في طائفة معينة (راجع المواد (1756) وما بعدها، و(1771) وما بعدها، و(1815) وما بعدها من المجلة). وذهب البعض إلىٰ قبول أي حجة تؤيد المدعي أو دفع الدافع، ومن أكبر أنصار هذا الرأي ابن القيم في إعلام الموقعين (جـ (4)/ ص (309) - (311))، وفي الطرق الحكمية (ص (13) وما بعدها)، (وانظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (6 - 15)).

وقد آثر المشروع اتباع المذهب الثالث الذي يأخذ بمبدأ مد سلطة القاضي في حدود قواعد عامة مقررة.

أما من حيث المبدأ - وهو بسط سلطة القاضي - فلما تبين من التجربة أنه ليس شيء أبعد عن الصواب أكثر من أن يفترض في القاضي قلة الفهم والدراية، والبعد عن جادة الحق والصواب - فلا يترك له مجال للتفكير والتقدير فيما يعرض عليه من الأمور. وقد دلت التجربة العملية علىٰ أن تقييد سلطة القاضي تقييدًا شديدًا في تقدير

البينة أو حرمانه من ذلك، لم يقرب أصحاب الحق من حقوقهم، بل هو علىٰ عكس ذلك قد أبعدهم عن الحق، وخلق في المحيط القضائي ضروبًا من طرق التلاعب اللفظي جعلت بين الحق وصاحبه هوة سحيقة، وتركت القاضي آلة صماء تقضي بين الناس بلا روح ولا حس ولا تفكير. ومن المعروف بداهة أن المعاملات بين الناس من التنوع والاختلاف بحيث يتعذر وضع قاعدة ثابتة تهدي إلىٰ معرفة الحق من الباطل؛ لأن ذلك مما يخالف طبيعة الأشياء فلا مناص من أن تترك للقاضي حرية التبصر فيما ينظر فيه من القضايا، فذلك أهدىٰ إلىٰ العدالة، وأقرب إلىٰ معرفة الحق.

وأما من حيث التقييد بقواعد عامة مقررة فلاتقاء تحكم القضاء، وكفالة حسن سير العدالة وتأمين استقرار المعاملات، وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التي تنهض لا لتوجيه التقييد في عمومه فحسب، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها، ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات.

(انظر أول المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري، وكذا البند (18) من الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، والمذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري ولقانون الإثبات السوداني. وأحمد إبراهيم: طرق القضاء، ص (6 – 7) و(15). والسنهوري، الوسيط، جـ (2)، ص (28) – (30)).

المبدأ الثاني: الأخذ بما تعارفه الناس في حياتهم وتعاملوا به وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ لأن القانون يجب أن يكون وثيق الصلة بحياة المجتمع وعاداته وتقاليده – فأقر الخط والإمضاء والختم والبصمة م(86، 87) ووضع أحكامًا للرسائل العادية والبرقيات والدفاتر والأوراق المنزلية م (88، 89، 90)، والتأشير علىٰ السند بما يفيد براءة ذمة المدين أو الكتابة بما يؤيدها م (91).

(انظر المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري، وقانون الإثبات السوداني).

المبدأ الثالث: عدم محاولة استقصاء كل التفاصيل والفروع، والنص علىٰ حكمها، اكتفاءً بالكليات؛ تحقيقًا لفرص المرونة، وتمكينًا للقضاء والفقه من دورهما في تطبيق تلك الكليات، وبيانها علىٰ الواقعات وفقًا للقواعد المقررة في الفقه الإسلامي.

(مادة 1): يطبق هذا القانون في المواد المدنية والتجارية.

(تقابل المادة (3) من قانون الإثبات السوداني سنة 1973).

المذكرة الإيضاحية:

رئي النص في هذه المادة علىٰ نطاق تطبيق قواعد الإثبات، وهذا النطاق هو «المواد المدنية والتجارية»؛ قصرًا لها علىٰ هذه المواد، وإبعادًا للمواد الأخرىٰ أن تدخل تحتها؛ ذلك أن قواعد الإثبات تختلف باختلاف المواد، فهي في المواد المدنية والتجارية غيرها في المواد الجنائية وفي مسائل الأحوال الشخصية) وهو نفس مسلك المشرع السوري في قانون البينات الصادر في (10) من حزيران (يونيه) سنة 1947، الذي قصر علىٰ المسائل المدنية والتجارية، ومسلك المشرع المصري في قانون الإثبات رقم (25) لسنة 1968. وقد خالف هذا النص المادة الثالثة من قانون الإثبات في المواد المدنية لسنة 1972 لجمهورية السودان، ونصها:

«يطبق هذا القانون علىٰ الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها من المواد فيما لم يرد بشأنه نص في القوانين الخاصة بها»، رغم ما نص عليه في المادة الأولىٰ من ذلك القانون علىٰ أنه: «يسمىٰ هذا القانون: قانون الإثبات في المواد المدنية لسنة 1972».

(مادة 2):

1- تطبق نصوص هذا القانون بدلالاتها المختلفة علىٰ المسائل التي تتناولها.

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يدل علىٰ الحكم، حكم القاضي بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون بدءًا بالفقه الحنفي، فالفقه المالكي، فالفقه الشافعي، فالفقه الحنبلي.

3- وإذا لم يوجد طبق القاضي ما أقره القضاء والفقه موافقًا للشريعة الإسلامية في مصر، ثم في البلاد الإسلامية.

(تقابل م (1) مدني مصري، و م (1) مدني عراقي، و م (2) مدني أردني).

المذكرة الإيضاحية:

1- جمع المشروع في هذه المادة أدلة الأحكام، وهو ما يعرف في اصطلاح رجال القانون بمصادر القانون، ولم يقصد من جمع هذه الأدلة (أو المصادر) مجرد تعدادها، بل أريد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق، وتقتصر الفقرة الأولىٰ علىٰ بيان أن القاضي يبدأ أول ما يبدأ بالتماس الحكم في النصوص التي يحويها هذا القانون، فإذا وجد الحكم فيها بأي دلالة من الدلالات، تعين عليه أن يمضيه وامتنع عليه الخروج عليها، وقد رئي إبراز المقصود بالنصوص، هنا فنص علىٰ أن المقصود بها ما تدل عليه بالدلالات المختلفة، وهي أربع:

1- **دلالة العبارة**: وهي دلالة اللفظ علىٰ المعنىٰ المتبادر منه، وهو الذي سبق له الكلام أصالة أو تبعًا، والمقصود أصالة هو الغرض الأول من الكلام، والمقصود تبعًا غرض ثانٍ يدل عليه اللفظ، ويمكن تحقيق الغرض الأول بدونه، مثال ذلك: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ فهو يدل بالعبارة علىٰ التفرقة بين البيع والربا، كما يدل أيضًا علىٰ حل البيع وحرمة الربا.

2- **دلالة الإشارة**: وهي دلالة اللفظ علىٰ معنًىٰ غير متبادر منه، ولكنه لازم للمعنىٰ المقصود أصالة أو تبعًا، لزومًا عقليًّا أو عاديًّا، واضحًا أو خفيًّا.

مثال ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾، مسوق لبيان مدة الحمل والفصال معًا. وقوله تعالىٰ: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ مسوق لبيان مدة الفصال وحده. ويلزم من اعتبار الاثنين معًا أن تكون مدة الحمل وحدها ستة أشهر، فهذا من مدلول إشارة النص، وبه أجمع العلماء علىٰ أن أقل مدة الحمل ستة أشهر.

3- **دلالة الدلالة**: وهي دلالة اللفظ علىٰ تعدي حكم المنطوق به إلىٰ المسكوت عنه؛ لاشتراكهما في علة يفهم كل عارف باللغة أنها مناط الحكم، وتسمىٰ هذه الدلالة: «دلالة النص»، و«فحوىٰ الخطاب»، و«لحن الخطاب»، أي: مقصده ومرماه. ويسميها الشافعية «مفهوم الموافقة»؛ لموافقة حكم المسكوت عنه لحكم المنطوق به فيها.

مثال ذلك قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا﴾ [النساء: 10]، فإن المنطوق به النهي عن أكل مال اليتيم بغير حق، وكل من يعرف

اللغة يفهم أن علة هذا النهي ما في الفعل من عدوان، فيفهم من الكلام النهي عن إحراق مال اليتيم وإغراقه وغير ذلك من أنواع العدوان عليه، فدلالة الكلام علىٰ هذا من باب دلالة الدلالة.

4- **دلالة الاقتضاء**: وهي دلالة الكلام علىٰ مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام علىٰ تقديره، أو لا يستقيم معناه إلا به.

مثال ذلك قول النبي ﷺ: «**لا عمل إلا بنية**»، فإن الكلام لا يصدق إلا بتقدير محذوف بأن نقول مثلًا: «لا ثواب لعمل إلا بنية». (يراجع كشف الأسرار علىٰ البزدوي، (1/ 67) و(2/ 210)).

2- وتعرض الفقرة الثانية لحالة نقص التشريع، فتحيل القاضي إلىٰ أحكام الفقه الإسلامي علىٰ اختلاف مذاهبه الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، محافظة علىٰ وحدة القانون واتساق أحكامه، علىٰ أن يبدأ القاضي بالفقه الحنفي، فإن لم يجد فيه الحكم لجأ إلىٰ الفقه المالكي، ثم إلىٰ الفقه الشافعي، ثم إلىٰ الفقه الحنبلي، وقد روعي في ذلك الترتيب التاريخي ومدىٰ الانتشار في مصر، وقد رئي الاقتصار علىٰ هذه المذاهب؛ لغلبة الظن بكفايتها، وتحديدًا لمرجع القاضي وتيسيرًا له.

3- فإن لم يجد القاضي الحكم في كتب الفقه الإسلامي، طبق أحكام القضاء وآراء الفقه الموافقة للشريعة الإسلامية في مصر أولًا، وبذلك يحصل التوفيق بين الإبقاء علىٰ ما استقر قضاءً وفقهًا في البيئة المصرية من أحكام وآراء، وبين الرغبة الجادة في تطبيق الشريعة الإسلامية. ويلاحظ أن أحكام القضاء والفقه تمثل - في نطاق ما - العرف، والشارع الإسلامي يقر العرف، ومن القواعد الشرعية أن «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص». (م (45) من المجلة)، و«العادة محكمة» (م (36) من المجلة)، و«استعمال الناس حجة يجب العمل بها» (م (37) من المجلة). والمقصود بالقضاء والفقه هنا القضاء والفقه الموافقان للشريعة الإسلامية في مصر وفي البلاد الإسلامية، وقد قصد بالإحالة بعد مصر إلىٰ البلاد الإسلامية - الإفادة مما فيها، ثم توثيق الصلات بينها وبين مصر؛ أملًا في التقريب بين قوانينها إن لم يتحقق توحيدها.

(مادة 3):

1- البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من أنكر.

2- والمدعي: من يلتمس قبل غيره لنفسه عينًا أو دينًا أو حقًّا، والمدعىٰ عليه: من يدفع ذلك عن نفسه.

(م (4) و(5) و(8) و(9) و(10) و(11) و(76) و(77) من المجلة، ومن م (444) إلىٰ م (448) من القانون المدني العراقي، و م (389) مدني مصري، و(1) إثبات مصري، و(376) مدني ليبي).

المذكرة الإيضاحية:

1- يتعين أن يقام الدليل علىٰ كل واقعة قانونية يدعىٰ بها متىٰ نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها، وقد بين في هذه المادة المبدأ العام، وهو أن المدعي هو الذي عليه أن يثبت دعواه، فإن كان ما يطالب به مالًا فعليه أن يثبت ذلك بإثبات المصدر الذي أنشأ الحق الذي يدعيه، وهذا هو الجوهري في هذا الصدد. والمقصود بالمصدر الشرعي للحق معناه العام، وهو المصدر الذي يرتب الحق في ذمة المكلف سواء أكان إيجابًا من المكلف نفسه علىٰ نفسه (بعقد أو بتصرف انفرادي)، أو إيجابًا من الشارع كحقوق الجوار، فهذا المصدر سواء من إيجاب المكلف علىٰ نفسه أو إيجاب الشارع - هو الذي يكون محلًّا للإثبات، وقد تقررت هذه القاعدة في الفقه الإسلامي منذ البداية في عصر لم تكن معروفة فيه في أوربا مما يكشف عما للفقه الإسلامي من فضل التقدم. (السنهوري، الوسيط جـ (2)، الهامش (3) ص (67) - (68)).

2- **وهذه المادة تقابل المادة الأولىٰ من قانون الإثبات المصري، ونصها:** «علىٰ الدائن إثبات الالتزام، وعلىٰ المدين إثبات التخلص منه». وقد فضلت عبارة الفقه الإسلامي (م (76) من المجلة) علىٰ عبارة القانون: «إثبات الالتزام». الواردة في القانون المشار إليه؛ اتساقًا مع مصطلحات الفقه الإسلامي، ولأن الإثبات في نطاق القانون المدني والتجاري ليس مقصورًا علىٰ إثبات الالتزام (الحق الشخصي)، بل يتناول الحق الشخصي والحق العيني معًا في نشوئهما وانقضائهما. (السنهوري، الوسيط، جـ (2) البند (14) ص

(20) وما بعدها).

3- **والفقرة الأولىٰ سندها حديث رواه البيهقي بإسناد صحيح: «البينة علىٰ المدعي ولكن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه»**. متفق عليه. وعن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «**لو يعطىٰ الناس بدعواهم لادعىٰ أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة علىٰ المدعي**». رواه البخاري ومسلم (انظر بلوغ المرام، البند (1209) ص (219)، وابن القيم، الطرق الحكمية، ص (94) وما بعدها، وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (16)).

4- والمقصود بالبينة «كل ما يبين الحق ويظهره». ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد - لم يوف مسماها حقه. ولم تأت البينة قط في القرآن مرادًا بها الشاهدان، وإنما أتت مرادًا بها الحجة والدليل والبرهان، مفردة ومجموعة. وكذلك قول النبي ﷺ: «**البينة علىٰ المدعي**». المراد به أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة. ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوىٰ منها، كدلالة الحال علىٰ صدق المدعي، فإنها أقوىٰ من دلالة إخبار الشاهد. والبينة، والدلالة، والحجة، والبرهان، والآية، والتبصرة، والعلامة، والأمارة - متقاربة في المعنىٰ. (ابن القيم، الطرق الحكمية، ص (12)، وانظر أيضًا ص (24)).

5- وقد رئي تعريف المدعي والمدعىٰ عليه بيانًا لهما، وهو تعريف عام ينصرف إلىٰ المدعي في دعواه، وكذا إلىٰ المدعىٰ عليه إذا سلك مسلك المدعي في دفاعه. وقد اختلفت عبارات الفقهاء في ذلك؛ لأن تعيين المدعي من المدعىٰ عليه له أهمية خاصة في الفصل بين الخصوم، ولذلك جاءت تعريفات كثيرة في هذا الصدد. (انظر في تفصيل ذلك: البدائع جـ (6) ص (224)، وتبصرة الحكام جـ (1)، ص (122) - (124)، والمغني جـ (9) ص (271) - (272)).

6- وفي القانون المدني العراقي وردت النصوص الآتية أخذًا عن المجلة:

«م (444): الأصل براءة الذمة. م (445): اليقين لا يزول بالشك. م (446): يضاف الحادث إلىٰ أقرب أوقاته. م (447): 1- الأصل بقاء ما كان علىٰ ما كان، والأصل في الصفات العارضة العدم. 2- وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل

علىٰ خلافه. م (448): 1 – البينة علىٰ من ادعىٰ واليمين علىٰ من أنكر. 2– والمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل». وهذه المواد مأخوذة عن المجلة (انظر من المجلة المواد (8)، (4)، (511)، (109)، (76)، (77)).

وهذه النصوص تتلخص أحكامها في أمرين:

1– أن البينة علىٰ من ادعىٰ، والمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، واليمين علىٰ من أنكر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل.

2– فالأصل هو براءة الذمة، وبقاء ما كان علىٰ ما كان. وتطبيقًا لذلك يكون الأصل في الصفات العارضة العدم ولا يزول بالشك، ويضاف الحادث إلىٰ أقرب أوقاته، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل علىٰ خلافه.

وهذه الأحكام تلقي الضوء وتوافق ما تقرره هذه المادة، وتوافق القانون المصري بنصه في المادة (389) مدني، والمادة (1) إثبات، من أن «علىٰ الدائن إثبات الالتزام، وعلىٰ المدين إثبات التخلص منه»، ولكن بعبارة أخصر وأبين وأشمل. (انظر السنهوري، الوسيط، جـ(2)، البند (45) ص (65) وما بعدها).

(مادة 4): يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوىٰ، ومنتجة فيها، وجائزًا قبولها.

((156) مرافعات مصري قديم و م (2) إثبات مصري، و(3) بينات سوري، (5) إثبات سوداني، و(116) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

المذكرة الإيضاحية:

الوقائع القانونية نوعان، **أولهما**: الأعمال القانونية التي تتمثل في اتجاه الإرادة إلىٰ إحداث أثر قانوني، سواء كان من جانبين كالعقود عمومًا أو من جانب واحد كالوصية. **وثانيهما**: أفعال مادية، وهي أمور محسوسة يرتب القانون عليها أثرًا سواء كانت إرادية كالفعل الضار، أو غير إرادية كالقرابة والجوار.

ويشترط في الواقعة القانونية بنوعيها المراد إثباتها:

1- أن تكون محددة؛ لأن الواقعة غير المحددة لا يمكن إثباتها، كمن يطالب بدين أو بملكية ويؤسس دعواه علىٰ عقد لم يحدد ماهيته.

2- أن تكون غير مستحيلة.

3- أن تكون متنازعًا فيها؛ لأنها إذا كانت معترفًا بها من الخصم فلا محل لإضاعة وقت المحكمة في تحقيقها.

4- أن تكون متعلقة بالحق المطالب به، أي أن يكون الأمر المراد إثباته غير مقطوع الصلة بموضوع الدعوىٰ.

5- أن تكون منتجة في الدعوىٰ، أي أن تكون مؤثرة في الفصل في الدعوىٰ، مما يقتضي أن تكون متصلة بالموضوع.

6- أن تكون جائزة الإثبات قانونًا؛ ذلك أن القانون قد لا يجيز إثبات واقعة ما تحقيقًا لأغراض مختلفة، منها: المحافظة علىٰ النظام العام والآداب.

ويلاحظ أن واقعة التعامل بالربا وبيع المخدرات وأمثالهما يجوز إثباتها لترتيب عدم مشروعيتها وما يترتب علىٰ عدم المشروعية من آثار، ولكن لا يجوز إثباتها لترتيب الآثار عليها باعتبارها صحيحة؛ لأن هذا لا يتفق مع النظام العام والآداب.

ولم ير حاجة للنص علىٰ الشروط الثلاثة الأولىٰ؛ لأنها بدهية.

(انظر السنهوري، الوسيط، جـ (2) البند (39) ص (57) وما بعدها)

وقد نص في المادة (116) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أنه: «يجوز للخصم المطلوب استجوابه أن يطلب من المحكمة رفض الأسئلة الموجهة إليه كلها أو بعضها إذا لم تكن متعلقة بالدعوىٰ ولا جائزة القبول شرعًا». وهذا يتفق مع حكم هذه المادة، أما إغفالها ذكر أن تكون منتجة في الدعوىٰ؛ فلأنه شرط بدهي لا نزاع فيه.

(مادة 5): للقاضي في حدود ما نص عليه في هذا القانون تقدير البينات، والأخذ منها بما يراه محققًا للعدل.

المذكرة الإيضاحية:

1- وظيفة القاضي هي إحقاق الحق، ومن ثم وجب إتاحة الفرصة له كي ينظر فيما

يقدم إليه من الأدلة، وأن يتحقق من صدقها، وأن يأخذ منها ما يراه محققًا للعدل، ولكن في حدود ما نص عليه في هذا القانون.

2- **وقد بين ذلك ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية، ومما قاله في هذا الصدد:**

«وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود، فرقهم وسألهم: كيف تحملوا الشهادة؟ وأين تحملوها؟ وذلك واجب عليه متىٰ عدل عنه أثم وجار في الحكم، وكذلك إذا ارتاب بالدعوىٰ سأل المدعي عن سبب الحق وأين كان؟ ونظر في الحال، هل يقتضي صحة ذلك؟ وكذلك إذا ارتاب بمن القول قوله والمدعىٰ عليه، وجب عليه أن يستكشف الحال ويسأل عن القرائن التي تدل علىٰ صورة الحال». (ص (24) وما بعدها).

«**والذي اختص به إياس وشريح مع مشاركتهما لأهل عصرهما في العلم**: الفهم في الواقع والاستدلال بالأمارات وشواهد الحال، وهذا الذي فات كثيرًا من الحكام فأضاعوا كثيرًا من الحقوق» (ص (34)).

«والمقصود أن الشريعة لا ترد حقًّا، ولا تكذب دليلًا، ولا تبطل أمارةً صحيحةً، وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين في خبر الفاسق، ولم يأمر برده جملة». (ص (24)).

(وانظر أيضًا من نفس الكتاب ص (61). والسنهوري، الوسيط، جـ(2) ص (35)).

3- والمقصود بالبينات هنا طرق الإثبات، سواء كانت الشهادة أو غيرها، كما ورد في المذكرة الإيضاحية الخاصة بالمادة (3) من هذا القانون، (وانظر ابن القيم، الطرق الحكمية ص (12) و(24)).

4- وقد روعي أيضًا مع إطلاق حرية القاضي في تقدير الأدلة - تحديد هذه الحرية، وذلك بالقيود التي نص عليها في هذا القانون، فمثال ذلك أنه لا يجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة؛ وذلك تطبيقًا للمذهب المختلط الذي أخذ به القانون في الإثبات جمعًا بين الإطلاق والتقييد، كما سلف البيان في المذكرة الإيضاحية العامة للقانون.

(مادة 6): لا يحكم القاضي بعلمه الشخصي.

(م (2) بينات سوري، و(2) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

1- تضمنت هذه المادة قاعدة عدم جواز الحكم بالاستناد إلىٰ علم القاضي الشخصي، بمعنىٰ أن لا يحكم القاضي في النزاع بالاستناد إلىٰ الوقائع التي اطلع عليها بصورة شخصية، كما لو حضر مجلس العقد مثلًا، وأما ما يطلع عليه من الوقائع بحكم ولايته بعد عرض النزاع علىٰ المحكمة، وما يستنبطه منها من وجوه الحكم - فليس من هذا القبيل؛ لأن علمه بها لم يكن شخصيًّا، وإنما حصل بصورة رسمية بعد عرض الدعوىٰ علىٰ المحكمة. (انظر المذكرة الإيضاحية للمادة الثانية من قانون البينات السوري).

2- وقد اختلف في هذه المسألة بين الفقهاء المسلمين، فعلىٰ قول المتقدمين: يجوز للقاضي في غير الحدود الخالصة لله تعالىٰ أن يقضي في ذلك بعلمه أخذًا برواية الأصول. وعلىٰ قول المتأخرين: لا يجوز له القضاء بعلمه في شيء من ذلك؛ أخذًا برواية ابن سماعة عن محمد. (انظر حاشية الحموي). وقال في الأشباه: إن الفتوىٰ، علىٰ قول محمد المرجوع إليه في أنه لا اعتبار لعلم القاضي. قال في جامع الفصولين: وعليه الفتوىٰ، وعليه مشايخنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ.

استدل المتقدمون بأن القضاء بالبينة جائز بالإجماع، فيجوز القضاء بعلم القاضي بطريق الأولىٰ؛ لأن المقصود بالبينة ليس عينها بل حصول العلم للقاضي بالحادثة، وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوىٰ من علمه الحاصل بالشهادة؛ لأن الحاصل بالشهادة غالب الرأي وأكبر الظن، والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين؛ فكان هذا أقوىٰ، فكان القضاء به أولىٰ، إلا أنه لا يقضي به في الحدود الخالصة؛ لأن الحدود يحتاط في درئها، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه، ولأن كل واحد من المسلمين يساوي القاضي في هذا العلم لو اطلع علىٰ ما يوجب حدًّا خالصًا، ولكن غير القاضي إذا علم لا يمكنه إقامة الحد فكذا هو.

وفي رواية عن الشافعي أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في كل شيء، حتىٰ في الحدود الخالصة لله تعالىٰ؛ لأنه يجوز له أن يقضي بالبينة في ذلك؛ فلا فرق بين علم

يتعلق بالحدود وعلم يتعلق بغيرها.

وقد عدل المتأخرون عن قول المتقدمين، وأجمعوا علىٰ الفتوىٰ بخلافه لعلة واحدة هي فساد الزمان.

(انظر المبسوط، والبدائع، ونيل الأوطار. وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (33) وما بعدها. والسنهوري، جـ(2) ص (33) - (34)).

3- ولم ير في القانون حاجة لإيراد ما نص عليه في قانون الإثبات السوداني لسنة 1972 في الفقرة الثانية من المادة السابعة منه وهو: «مع ذلك للقاضي أن يأخذ بما حصله من علمه بالشئون العامة المفروض إلمام الكافة بها»؛ فإن مبدأ عدم جواز حكم القاضي بعلمه لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس، ولا يكون علمه خاصًّا به مقصورًا عليه، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة. (السنهوري، الوسيط، جـ(2)، الهامش (3) ص (33)).

وهذا الحكم وإن لم يكن قد نص عليه صراحة في القانون المصري إلا أنه مسلم به.

(**مادة 7**): إذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة إجراء من إجراءات الإثبات - وجب عليها أن تحدد أجلًا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء. ويعين رئيس الدائرة عند الاقتضاء من يخلف القاضي المنتدب.

(م (3) إثبات مصري).

المذكرة الإيضاحية:

رئي النص علىٰ أنه إذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة إجراء من إجراءات الإثبات - وجب عليها أن تحدد أجلًا لمباشرة هذا الإجراء لا يجاوز ثلاثة أسابيع، كما يعين رئيس الدائرة إذا لزم الأمر من يخلف القاضي عند الانتداب. والأجل المذكور هنا إجراء تنظيمي قصد به التعجيل بالفصل في الدعوىٰ.

وندب أحد قضاة المحكمة، أو ندب قاضٍ من محكمة أخرىٰ؛ لاستيفاء إجراء من إجراءات الدعوىٰ أو الإثبات، كسماع شهادة الشهود أو المعاينة أو تحليف اليمين - أمر يقره الفقه الإسلامي، وقد تحدث فيه الفقهاء علىٰ اختلاف مذاهبهم في كتاب القضاء،

وعلىٰ الأخص بعنوان كتاب القاضي إلىٰ القاضي، علىٰ أن بعض الفقهاء قد أجاز هذا إذا كان مرخصًا له من ولي الأمر في الإنابة القضائية، والكثير منهم علىٰ أن هذا من ضمن أعمال ولاية القاضي، فلا حاجة لإذن خاص بهذه الإنابة.

(تبصرة الحكام لابن فرحون، جـ (2) في الأبواب (47)، (48)، (49)، والبحر الرائق لابن نجيم، جـ (7) ص (2) وما بعدها).

(**مادة 8**): إذا كان المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيدًا عن مقر المحكمة - جاز لها أن تندب لإجرائه قاضي محكمة المواد الجزئية الذي يقع هذا المكان في دائرتها، وذلك مع مراعاة الميعاد المنصوص عليه في المادة السابقة.

(م (4) إثبات مصري، وانظر م (9) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

الأصل أن يجري التحقيق بمركز المحكمة المنظور أمامها الدعوىٰ وبوساطتها أو بوساطة أحد قضاتها، ولكن هناك حالات تقضي ظروفها أن يباشر التحقيق خارج مركز المحكمة، أو يباشره قاضٍ آخر - من غير هيئة المحكمة - التي أمرت بالتحقيق، هو قاضي محكمة المواد الجزئية الذي يقع المكان الواجب الإثبات فيه في دائرتها، فيباشر التحقيق خارج مركز المحكمة، مثال ذلك: حالة ما إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور، فيجوز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب لسماع أقواله.

وندب أحد قضاة المحكمة، أو ندب قاضٍ من محكمة أخرىٰ؛ لاستيفاء إجراء من إجراءات الدعوىٰ أو الإثبات، كسماع شهادة الشهود أو المعاينة أو تحليف اليمين - أمر يقره الفقه الإسلامي علىٰ ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة (م (7)).

(**مادة 9**): الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تتضمن قضاءً قطعيًّا.

ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام إلىٰ من لم يحضر جلسة النطق، بها وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات، وإلا كان العمل باطلًا.

ويكون الإعلان بناءً علىٰ طلب قلم الكتاب بميعاد يومين.

(م (5) إثبات مصري، وانظر م (10) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

1- هذه المادة تقضي بإعفاء الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات من التسبيب، اكتفاءً بمنطوق الحكم؛ إذ الأمر في هذه الأحكام موكول لمطلق تقدير القاضي، وهو يملك العدول عما أمر به من إجراء الإثبات، كما يملك بعد مباشرة إجراء الإثبات ألا يأخذ بنتيجته، ثم إن هذه الأحكام لا تقبل بذاتها الطعن مستقلة عن الحكم المنهي للخصومة مما تنتفي معه الحاجة إلىٰ تسبيب هذه الأحكام، وقد قصد بهذه المادة توفير جهد القضاة ووقتهم لصرفه فيما عليهم من أعباء جسام، وكذا الإسراع في الفصل في القضايا بمباشرة إجراء الإثبات دون حاجة لحجز الدعوىٰ للحكم لتحرير الأسباب.

ولكن إذا انطوىٰ الحكم علىٰ قضاء قطعي في المنطوق أو في الأسباب، فإنه يجب تسبيب هذا القضاء القطعي.

2- وقد أوجبت المادة إعلان منطوق الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات إلىٰ من لم يحضر جلسة النطق بها، وكذلك يجب إعلان الأمر الصادر بتعيين تاريخ إجراء الإثبات، وقد قصد بذلك المزيد من التحويط؛ لخطورة النتائج التي تترتب علىٰ هذا الإجراء، غير أن هذا البطلان ليس من النظام العام، فيزول بحضور الخصوم بالجلسات المحددة لإجراء الإثبات أو التالية لصدور الحكم، أو بالنزول عنه صراحة أو ضمنًا.

(مادة 10): كلما استلزم إتمام الإجراء أكثر من جلسة، أو أكثر من يوم، ذكر في المحضر اليوم والساعة اللذان يحصل التأجيل إليهما دون حاجة لإخبار من يكون غائبًا بهذا التأجيل.

(م (6) إثبات مصري).

المذكرة الإيضاحية:

قصد بهذه المادة إلزام الخصم بأن يتتبع بنفسه إجراءات التحقيق أمام المحكمة، أو القاضي المنتدب، أو الخبراء، ما دام قد أعلن أو كان عالمًا بالميعاد الذي يبدأ فيه

التحقيق حتىٰ ولو لم يكن حاضرًا فيه.

(مادة 11): تقدم المسائل العارضة المتعلقة بإجراءات الإثبات للقاضي المنتدب، وما لم يقدم له منها لا يجوز عرضه علىٰ المحكمة.

وما يصدره القاضي المنتدب من القرارات في هذه المسائل - يكون واجب النفاذ، وللخصوم الحق في إعادة عرضها علىٰ المحكمة عند نظر القضية، ما لم ينص القانون علىٰ غير ذلك.

(م (7) إثبات مصري).

المذكرة الإيضاحية:

1- المقصود بالمسائل العارضة الخاصة بالإثبات تلك التي تتعلق بموضوع الدليل، أو كونه مقبولًا أو غير مقبول، أو تلك التي تتعلق بإجراءات تقديم الدليل وتحقيقه، وما يجب أن يراعىٰ فيها من أوضاع ومواعيد. والمقصود من ذلك هو ألا تكون إثارة هذه المسائل وسيلة لتعطيل التحقيق، لذلك يوجب القانون عرضها كلها علىٰ القاضي المنتدب حتىٰ ما كان منها من اختصاص المحكمة الكاملة، وذلك للحكم فيها، وظاهر من نص المادة أنه يتعين التمسك بالطلبات العارضة الخاصة بالإثبات أمام القاضي المنتدب، وإلا سقط الحق في عرضها علىٰ المحكمة.

2- والمقصود بالفقرة الثانية تمكين القاضي المحقق من إصدار قرار مؤقت واجب النفاذ يمكنه من السير في التحقيق، إن رأىٰ عدم جدية المنازعة العارضة، ومع ذلك يبقىٰ - مراعاة لمصلحة الخصوم ومقتضيات العدالة - لذي الشأن حق إعادة عرض هذه المنازعة علىٰ المحكمة الكاملة بعد انتهاء القاضي من التحقيق، وعند إحالة القضية عليها.

(مادة 12): علىٰ القاضي المنتدب إذا أحال القضية علىٰ المحكمة لأي سبب أن يعين لها أقرب جلسة مع إعلام الغائب من الخصوم بتاريخ الجلسة بوساطة قلم الكتاب.

(م (8) إثبات مصري).

المذكرة الإيضاحية:

المقصود بالغائب في هذه المادة من لم يحضر النطق بقرار الإحالة؛ لأن من حضره قد سمع القرار وعلم به. ولم ينص في هذه المادة علىٰ البطلان في حالة مخالفة حكم هذه المادة، وعلىٰ ذلك فيرجع في هذا إلىٰ القواعد العامة في البطلان الواردة في قانون المرافعات.

> **(مادة 13)**: للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات، بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها.

(م (9) إثبات مصري، وانظر المادة (8) - (2) و(3) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

يقصد بهذه المادة عدم إلزام القاضي بتنفيذ إجراء لم يعد يرىٰ ضرورة له، وبخاصة وهو غير مقيد في حكمه في الموضوع بما يسفر عنه تنفيذ هذا الإجراء؛ إذ من العبث وضياع الوقت والجهد الإصرار علىٰ تنفيذ إجراء تبين للمحكمة أنه غير منتج، وليس من اللازم للعدول عن الحكم الصادر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات - إصدار حكم مستقل، إنما يكفي النطق به وإثبات أسبابه في المحضر، أما في حالة عدم أخذ المحكمة بما أسفر عنه تنفيذ ما أمرت به من إجراءات الإثبات، فيجب أن يتضمن الحكم الصادر في الموضوع أسباب العدول.

> **(مادة 14)**: طرق القضاء هي: الإقرار، والاستجواب، والشهادة، والكتابة، واليمين، والقرائن، والمعاينة، والخبرة.

المذكرة الإيضاحية:

اختلف الفقهاء في بيان أدلة ثبوت الدعوىٰ (أي: الحجج الشرعية أو طرق القضاء). وقد حصرها البعض في سبعة هي: البينة، والإقرار، واليمين، والنكول، والقسامة، وعلم

القاضي، والقرينة القاطعة (الدر، ورد المحتار). وقال في التكملة: والحاصل أن القضاء في الإقرار مجاز (لأن الحق يثبت به بدون حكم، وإنما يأمره القاضي بدفع ما لزمه بإقراره، وليس لزوم الحق بالقضاء، فجعل الإقرار من طرق القضاء إنما هو بحسب الظاهر، وإلا فالحق يثبت به لا بالقضاء)، والقسامة داخلة في اليمين، وعلم القاضي مرجوح، والقرينة مما انفرد به ابن الفرس، فرجعت الحجج التي هي أسباب الحكم إلىٰ ثلاث – أي البينة واليمين والنكول –.

(انظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (7) – (11) و(216) وما بعدها)

وذكر ابن القيم في الطرق الحكمية خمسة وعشرين طريقًا ترجع عند النظر، إلىٰ:

القرائن والعلامات الظاهرة، الشهادة، اليمين، النكول، اليد (أي الحيازة)، الإنكار، الإقرار، الخط، القرعة، القافة (أي: الخبرة في أمور النسب).

وذكر ابن فرحون في التبصرة: الشهادة والخط والإقرار والقرائن والقرعة والقافة.

وفي مجلة الأحكام العدلية نجد أن طرق القضاء هي: الإقرار، والشهادة، واليمين، والنكول، والخط، والقرينة القاطعة.

وقد ذكرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم (78) لسنة 1931 في المادة (123) أربعة أدلة، هي: الإقرار، والشهادة، والنكول عن الحلف، والقرينة القاطعة ولكنها تكلمت في الباب الثالث الخاص بالأدلة علىٰ الأدلة الخطية (في الفصل الثاني بعد الإقرار)، ثم علىٰ اليمين والنكول (في الفصل السادس)، وعلىٰ المعاينة (في الفصل السابع)، وعلىٰ الخبرة (في الفصل الثامن)، كما تكلمت علىٰ استجواب الخصوم (في الفصل السابع من الباب الثاني م (115) وما بعدها) وبذا زادت الأدلة فيها علىٰ الأربعة المذكورة في المادة (123) وذلك علىٰ خلاف ما ذهب إليه المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم؛ إذ قال في طرق القضاء (ص (9) – (10)): «أقول: إن الناظر فيما جاء في اللائحة في حجية الأوراق الرسمية والعرفية، وفي استجواب الخصوم ومعاينة المحكمة وأهل الخبرة – يراه لا يخرج عن هذه الحجج الثلاث؛ إذ كله يرجع إلىٰ الإقرار، وأن الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان، وهو الذي يجب التعويل عليه كما سيأتي». ولكن بالرجوع إلىٰ المادة (134) من تلك اللائحة نجد أنها نصت علىٰ أن

الأوراق الرسمية - أكانت سندات أم محررات - تكون حجة علىٰ أي شخص كان فيما تدون بها مما لا يدخلها دائمًا في الإقرار، وكذلك استجواب الخصوم ومعاينة المحكمة وأهل الخبرة لا تدخل دائمًا في الإقرار.

وبالرجوع إلىٰ القوانين العربية الخاصة بالإثبات نجد أنها: الأدلة الكتابية، والشهادة، والقرائن، والاستجواب، والإقرار، واليمين، والمعاينة، والخبرة.

(م (1) من قانون البينات السوري، و(11) من قانون الإثبات السوداني، وقانون الإثبات المصري، وانظر السنهوري، الوسيط، جـ (2) ص (89) وما بعدها).

وإذا ألقينا نظرة فاحصة وجدنا أن طرق إثبات الدعوىٰ ترجع إلىٰ: الإقرار، والشهادة، والكتابة، واليمين، والنكول، والقرينة، والمعاينة، والخبرة. أما القسامة - وهي خاصة بالقضاء بالدية - فهي يمين. وأما علم القاضي فالفتوىٰ علىٰ أنه ليس طريقًا للقضاء لفساد الزمان وهو ما أخذ به هذا القانون في المادة (6) منه. وأما القافة فهي خاصة بالنسب وهو من الأحوال الشخصية وخارج عن نطاق هذا القانون.

وقد جرت بعض التقنينات علىٰ عدم النص علىٰ طرق القضاء باعتبار أن ذلك من عمل الفقه، ولكن تقنينات أخرىٰ جرت علىٰ النص عليها، كلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وقانون البينات السوري، وقانون الإثبات السوري، وقد روعي اتباع نهج التقنينات الأخيرة في هذا القانون زيادة في البيان.

وقد سار القانون على معالجة طرق القضاء بالترتيب الآتي:

1 - الإقرار.

2 - استجواب الخصوم.

3 - الشهادة.

4 - الكتابة.

5 - اليمين.

6 - القرائن.

7 - المعاينة.

8 - الخبرة.

وقد روعي في هذا الترتيب نظرة الفقه الإسلامي من تقديم الإقرار بوصفه أقوىٰ الأدلة، يليه الاستجواب بوصفه وسيلة للإقرار، ثم الشهادة، ويليها الكتابة لأنها في الغالب إما أن تكون إقرارًا أو شهادة، ثم اليمين، وبقية الأدلة.

وقد خصص باب لكل طريق من هذه الطرق.

الباب الأول

الإقـــــرار

حجية الإقرار:

الإقرار طريق من طرق القضاء.

والأصل في حجيته الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تعالىٰ: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ ۚ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ۖ قَالُوا أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ ﴿٨١﴾﴾ [آل عمران: 81]. وقوله تعالىٰ: ﴿قَالُوا رَبَّنَا أَمَتَّنَا اثْنَتَيْنِ وَأَحْيَيْتَنَا اثْنَتَيْنِ فَاعْتَرَفْنَا بِذُنُوبِنَا فَهَلْ إِلَىٰ خُرُوجٍ مِّن سَبِيلٍ ﴿١١﴾﴾ [غافر: 11]. وقوله تعالىٰ: ﴿وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَى اللَّهُ أَن يَتُوبَ عَلَيْهِمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٠٢﴾﴾ [التوبة: 102]. وقوله تعالىٰ: ﴿فَاعْتَرَفُوا بِذَنبِهِمْ فَسُحْقًا لِّأَصْحَابِ السَّعِيرِ ﴿١١﴾﴾ [الملك: 11]. وقوله تعالىٰ: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ [البقرة: 282]، وغير ذلك من الآيات الكريمة.

وأما السنة: فما روي أن ماعزًا أقر بالزنا فرجمه رسول الله ﷺ، وكذلك الغامدية، وقال: «**واغد يا أنيس إلىٰ امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**».

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت علىٰ صحة الإقرار.

وأما المعقول: فلأن الإقرار إخبار علىٰ وجه ينفي عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب علىٰ نفسه كذبًا يضر بها.

(انظر ابن قدامة، المغني جـ (5) ص (149). وابن القيم، الطرق الحكمية، ص (194) وما بعدها. وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (121) - (124)).

ويلاحظ أن قانون الإثبات المصري اقتصر في بيان أحكام الإقرار علىٰ مادتين، وقد رئي في هذا القانون إيراد أحكامه كاملة وفقًا للفقه الإسلامي، مما استوجب علاجه في إحدىٰ عشرة مادة.

(مادة 15): الإقرار هو إخبار الإنسان عن ثبوت حق عليه لآخر.

(المادة (1572) من المجلة، و(129) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(408) من القانون المدني المصري، و(103) من قانون الإثبات المصري، و(93) -

(95) بينات سوري، و(71) إثبات سوداني، و(461) مدني عراقي).

المذكرة الإيضاحية:

1- هذه المادة تتناول تعريف الإقرار كما هو في الفقه الإسلامي. فلم يفرق فيها بين الإقرار في مجلس القضاء والإقرار في غيره، بخلاف القانون المدني المصري والعراقي، وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري الذي اعتبر الإقرار القضائي فقط؛ إذ عرف الإقرار بأنه: «اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعىً بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوىٰ المتعلقة بهذه الواقعة». (م (408) مدني مصري، و(103) إثبات مصري). ذلك أن الإقرار هو «إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر»، فالإقرار لا يختلف في طبيعته إذا كان أمام القضاء عنه إذا كان خارج مجلس القضاء، والفرق بينهما إنما هو في الثبوت وعدمه، وهذه هي نظرة الفقه الإسلامي إلىٰ الإقرار علىٰ الوجه المفصل في مادة أخرىٰ تالية. (انظر المواد من (1606) إلىٰ (1611) من المجلة. وأحمد إبراهيم، طرق القضاء ص (222)).

2- ويلاحظ أن الإقرار إعلان عن إرادة، فيشترط فيه ما يشترط في كل إعلان عن إرادة. ولكن هذه الإرادة إرادة مخبرة وليست منشئة. وأن محل الإقرار حق، وأن هذا الحق علىٰ المقر للغير؛ لأنه لو كان علىٰ غيره لغيره كان شهادة، ولو كان لنفسه يكون دعوىٰ. (الكنز، والزيلعي عليه، (5): (2). وانظر في الخلاف في كونه إخبارًا أو إنشاءً، أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (116) - (121)).

3- وحكمه اللزوم، وهو نتيجة لاعتبار الإقرار تصرفًا ينعقد بإرادة واحدة لا ضرورة للقبول في ترتيب حكمها، ومؤدىٰ هذا أنه لا يجوز العدول عن الإقرار إلا بسبب خطأ في الواقع؛ لأن الإقرار يخضع للأحكام العامة في عيوب الرضا باعتباره تعبيرًا عن إرادة المقر. (انظر فيما بعد م (25)).

وهو أبلغ من الشهادة؛ إذ قول كل أحد علىٰ نفسه أوجب من دعواه علىٰ غيره. (انظر ابن فرحون، التبصرة، (2): (39)).

4- وقد أتي بالإقرار في أول مراتب الأدلة اتباعًا للفقه الإسلامي. وقد اتبع هذا المسلك التقنين المراكشي، والبرتغالي بخلاف التقنين المصري الحالي الذي قدم

الكتابة علىٰ الإقرارات، والظاهر أن وجه النظر في ذلك أن الدليل الكتابي هو الغالب صورة من صور الإقرار. (انظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (9)).

(مادة 16): يكون الإقرار صراحة أو دلالة، باللفظ أو الكتابة، وكذا بالإشارة المعهودة من الأخرس الذي لا يعرف الكتابة.

(م (1582) و(1583) و(1586) - (1)، و(1606) من المجلة، و(128) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

المذكرة الإيضاحية:

1- تتناول هذه المادة صيغة الإقرار، فتقرر أنه قد يكون باللفظ أو الكتابة، وإذا كان المقر أخرس، فإن كان لا يعرف الكتابة صح إقراره بإشارته المعهودة؛ لتعينها طريقًا لإفهام مراده. أما إن كان يعرف الكتابة فهل يصح تصرفه بإشارته؟

عند الحنفية روايتان: إحداهما: تصح تصرفاته كلها بإشارته مع قدرته علىٰ الكتابة. **والأخرىٰ**: لا تصح تصرفاته بالإشارة إلا إذا كان عاجزًا عن الكتابة. وقد اختار الرواية الثانية جمع من المحققين؛ وذلك لأن الكتابة أدل علىٰ المراد من الإشارة، وأبعد عن الاحتمال، فوجب المصير إليها عند المقدرة عليها. وبهذه الرواية أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في المادة (128)، فقد نص فيها علىٰ أن: «إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة». وهذا أحوط وأبعد عن الشك والارتباك.

2- وكما يكون الإقرار صراحة بالقول يكون أيضًا بطريق الدلالة، فلو طلب شخص الصلح عن مال كان طلبه هذا إقرارًا بذلك المال، فإذا قال رجل لآخر: لي عليك ألف فأعطني إياه. فقال المطلوب: صالحني علىٰ المبلغ المذكور بسبعمائة. مثلًا - فإن هذا يكون إقرارًا منه بالألف المطلوب. وكذا إذا استام شيئًا أو استعاره أو استأجره كان هذا إقرارًا منه دلالة بعدم ملكيته له؛ لأن الإنسان لا يستام ولا يستعير ولا يستأجر ملك نفسه. (أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (130) - (132)).

(مادة 17): يشترط في المقر أن يكون عاقلًا بالغًا مختارًا غير محجور عليه. ولا

يشترط ذلك في المقر له.

(م (1573) و(1575) من المجلة، و(124) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(96) بينات سوري، و(462) و(463) - (2) مدني عراقي).

المذكرة الإيضاحية:

الإقرار تصرف إخباري يثبت به علىٰ المقر حق لم يكن من قبل ثابتًا، ولما كان إعطاء دليل الحق غير الثابت يعدل من الناحية العملية إنشاء هذا الحق، فإنه يشترط فيه ما يشترط في التصرف في الحق المقر به من أهلية في المتصرف، واختيار. فيطبق هنا ما يطبق من أحكام في التصرف الإنشائي بالنسبة إلىٰ القاصر، والوصي، والمريض مرض الموت، وغيرهم.

(انظر ابن فرحون، تبصرة الحكام، (2/ (41). وابن قدامة، المغني،(5)/ (149) - (151)).

وعلىٰ ذلك فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه، ولو أجازه الوالي لفقدان أهلية الالتزام بعباراتهم، ولا يصح علىٰ هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم؛ لأنه إقرار علىٰ الغير وهو باطل، غير أن الصبي المأذون بالتجارة يكون إقراره صحيحًا فيما يتعلق بالتجارة، كإقراره بالبيع وقبض الثمن. ويشترط في المقر أيضًا ألا يكون محجورًا عليه بما يمنع من نفاذ التصرفات التي أقر بها، فإن أقر السفيه أو المدين المحجور عليهما بمال لشخص، فإن الإقرار يتوقف حتىٰ يفك الحجر؛ وذلك لقيام أهلية المقر المصححة لعبارته وقت الإقرار، غير أنه وجد مانع الحجر، فإذا زال المانع ظهر أثر الإقرار، ويشترط أيضًا رضا المقر، فإن أقر وهو مكره فإقراره باطل، وكذلك إذا كان هازلًا في إقراره، وكذلك السكران علىٰ تفصيل (انظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (137) - (140))، ولا يشترط ذلك في المقر له (أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (142)).

(مادة 18): لا يتوقف الإقرار علىٰ قبول المقر له، ولكن يرتد برده.

(م (1580) من المجلة، و(98) بينات سوري، و(466) مدني عراقي).

المذكرة الإيضاحية:

1- أخذ المشروع بما نص عليه في المجلة، وقانون البينات السوري، والقانوني المدني العراقي، من أن حق المقر له بما تضمنه الإقرار يثبت بوقوع الإقرار فلا يتوقف علىٰ قبوله، ولكن للمقر له أن يرده كلًّا أو بعضًا، فيزول حكم الإقرار في المردود. ولكن لو قبل المقر له الإقرار ثم رده لا يرتد؛ لأن المقر به صار ملكًا خالصًا للمقر له، ونفي الإنسان ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح. نعم، لو تصادقا علىٰ عدم الحق صح، ولو قبله بعد الرد لا يصح؛ لأن حكم الإقرار يبطل بالرد، ولكن هذا في الإقرار الذي يرتد بالرد، لا في الإقرار الذي لا يرتد بالرد كالنسب والنكاح. (انظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (127) - (130)).

2- والإقرار يصح لكل من الحاضر والغائب بلا قبول، لكنه لازم في حق المقر بالنسبة للحاضر، فلا يملك الإقرار به لغيره قبل أن يرده، وغير لازم في حقه بالنسبة للغائب، فيجوز له أن يقر به لغيره، وأما المقر له فالإقرار غير لازم في حقه، سواء أكان حاضرًا أم غائبًا، فله أن يرده في الحالتين علىٰ ما تقدم. (أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (129) - (130)).

(مادة 19): يصح الإقرار وإن اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به.

(م (1581) من المجلة، و(125) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(467) مدني عراقي).

المذكرة الإيضاحية:

تقضي هذه المادة بصحة الإقرار ولو اختلف سبب المقر به بين المقر والمقر له، كأن يقر شخص لآخر بأن عليه ألف جنيه ثمن مبيع، فيقبل المقر له علىٰ أنه هبة، فيصح الإقرار بالمقر به رغم اختلاف الطرفين في السبب.

(ابن قدامة، المغني (5): (163). وأحمد إبراهيم، طرق القضاء ص (130)).

(مادة 20):

1- الإقرار المعلق بالشرط باطل.

2- ولكن إذا علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس - يحمل علىٰ إقراره بالدين المؤجل.

(م (1584) من المجلة).

المذكرة الإيضاحية:

تقدم أن الإقرار إخبار بحق ثبت في الماضي، ويترتب علىٰ ذلك أنه لا يجوز تعليقه بالشرط أو إضافته إلىٰ أجل؛ لأن التعليق والإضافة إنما يكونان بالنسبة إلىٰ المستقبل والإقرار - إخبار عما سبق (أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (125)).

فلو قال أحد لآخر: إذا وصلت المكان الفلاني أو قضيت مصلحتي الفلانية فإني مدين لك بكذا. يكون إقراره هذا باطلًا، ولا يلزمه المبلغ المذكور؛ لأنه معلق بشرط، والشرط أمر مستقبل في حين أن الإقرار إخبار عن ماضٍ، ولكن إذا قال: إن أتىٰ أول الشهر الفلاني فإني مدين لك بكذا. يحمل علىٰ الإقرار بالدين المؤجل، ويلزمه أداء المبلغ عند حلول ذلك الوقت؛ لأن الإقرار علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس، فلا يتعارض مع الإقرار بدين في الماضي. (انظر شرح م (1584) من المجلة).

(مادة 21): يشترط في الإقرار ألا يكذبه ظاهر الحال.

(م (1577) من المجلة، (97) بينات سوري، و(465) مدني عراقي).

المذكرة الإيضاحية:

لصحة الإقرار يشترط ألا يكذبه ظاهر الحال، ويعود للمحكمة تقدير مطابقة الإقرار لظاهر الحال علىٰ ما يبدو لها من وقائع الدعوىٰ، ومن أمثلة ذلك أن يقر أن فلانًا أقرضه مبلغ كذا في شهر كذا، وكان المقر له قد مات قبل ذلك التاريخ فلا شيء يلزمه.

(أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (140)).

(مادة 22):

1- إذا صدر الإقرار أمام القاضي بمجلس القضاء فهو بذاته حجة علىٰ المقر.

2- أما إذا ادعىٰ صدوره في غير مجلس القضاء، فتطبق عليه القواعد العامة في

الإثبات.

(انظر المادة (129) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمواد (93) و(94) و(95) و(99) و(102) سوري).

المذكرة الإيضاحية:

1- الإقرار في الفقه الإسلامي هو «إخبار عن ثبوت حق الغير علىٰ نفسه». (الكنز والزيلعي عليه، (5)/ (2)، و م (1572) من المجلة) وليس فيما بين أيدينا من كتب الفقه الإسلامي التفرقة بين الإقرار القضائي وغير القضائي علىٰ النحو الموجود في كتب القانون والذي يظهر منها انحصار التفرقة بينهما في الثبوت فالإقرار أمام القضاء ثابت بمجرده أما الإقرار في غير مجلس القضاء فيحتاج إلىٰ إثباته ومن وسائل الإثبات الشهادة.

(انظر م (129) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والفتاوىٰ الهندية، (4): (167) وابن القيم، الطرق الحكمية، ص (194) - (195)).

فإذا ثبت الإقرار الحاصل في غير مجلس القضاء كان، والإقرار في مجلس القضاء ذا أثر واحد؛ ذلك أن الفرق بين الإقرار القضائي وغير القضائي ليس إلا الثقة في جدية الإقرار القضائي، فإذا ثبتت جدية وصحة الإقرار غير القضائي تعينت المساواة بينهما في أحكامهما؛ فيؤخذ به، شأنه في ذلك شأن الإقرار القضائي؛ لاتحادهما في أن كلًّا منهما «إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر»، فالإقرار لا يستمد أثره من صدوره في مجلس القضاء، وإنما من صدوره من المقر علىٰ الوجه الصحيح شرعًا.

وهذا يوافق رأيًا في القانون (الصدة، الإثبات ص (184). وسليمان مرقس أصول الإثبات، ص (109). وانظر السنهوري، الوسيط، (2): (476) وما بعدها. وأحمد نشأت، الإثبات، (12): (49)).

2- وقد نص في الفقرة الأولىٰ علىٰ أن الإقرار الصادر أمام القضاء حجة بذاته، بمعنىٰ أنه لا يحتاج إلىٰ دليل آخر لإثباته، فهو في ذاته حجة قاطعة صدورًا عن الثقة في جديته وصحته ما دام صدر أمام القضاء. ولكن ذلك لا يمنع من الطعن فيه بأنه غير صحيح؛ لأنه تواطأ عليه مع خصمه، أو أنه وقع نتيجة تدليس أو إكراه، أو أنه صدر منه

وهو ناقص الأهلية، فإذا ثبت ذلك بالطرق الجائزة قانونًا بطل الإقرار، ولا يكون هذا رجوعًا في الإقرار، بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه.

3- وحتىٰ يكون الإقرار قضائيًّا يشترط أن يصدر أمام القاضي في مجلس القضاء (م (129) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وقارن بالمادة (408) مدني مصري، و(103) إثبات مصري).

أما إذا صدر في غير مجلس القضاء فتسري القواعد العامة في الإثبات كشرط الكتابة فيما زاد علىٰ عشرين جنيهًا، فإذا ثبت صدور الإقرار فعلًا واجتمعت له شروط الصحة - كان هذا الإقرار حجة قاطعة ولو أنه غير قضائي، شأنه من هذه الناحية شأن الإقرار القضائي تمامًا. قال في التبصرة ((2): (40)): «لو كتب رسالة لرجل غائب: أن لك علي كذا. لزمه. فإن جحد وقامت البينة أنه كتبه أو أملاه لزمه».

(انظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (222) - (225)).

وقد نص في المادة (129) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية علىٰ أنه: «لا تقبل دعوىٰ الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها إلا إذا كان صدوره أمام قاضٍ بمجلس القضاء، أو كان مكتوبًا وعليه إمضاء المقر أو ختمه، أو وجدت كتابة تدل علىٰ صحته». وقد وضعت هذه القيود تقليلًا للدعاوىٰ المزورة، إذ كان الخصم إذا أعيته الحيلة في إثبات الحق الذي يدعيه يدعي علىٰ خصمه أنه أقر به أمام شهود، وشهود الزور كثيرون، وشهادتهم علىٰ الإقرار بالحق أيسر من شهادتهم بنفس الحق، فوضعت هذه القيود.

(أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (133) - (134) وص (183) - (184)).

ولكن يلاحظ أن إثبات الإقرار غير القضائي يخضع للأحكام العامة في الإثبات، ومنها أنه لا يجوز الإثبات فيما زاد علىٰ قدر معين (عشرين جنيهًا) إلا بالكتابة، كما سيأتي.

(مادة 23): الإقرار حجة قاصرة علىٰ المقر.

(م (78)و (79) و(1587) من المجلة، و(104) إثبات مصري، و(100) بينات

سوري، و(72) – (1) سوداني، و(469) مدني عراقي).

المذكرة الإيضاحية:

الإقرار حجة قاصرة علىٰ المقر، بمعنىٰ أنه لا يتعداه إلىٰ غيره من الدائنين والخلف الخاص والشريك والورثة فيما بينهم ولا ضد المقر له، إلا أن الإقرار يتعدىٰ إلىٰ الورثة باعتبارهم خلفًا عامًّا؛ ذلك لأن الإقرار حجة بنفسه لا يحتاج فيه إلىٰ القضاء فينفذ عليه وحده، بخلاف البينة فهي تصير حجة بالقضاء، وللقاضي ولاية عامة فينفذ في حق الكل (الزيلعي (5): (3)).

ومن تطبيقات ذلك ما جاء في المجلة:

– م (1611): «إذا أعطىٰ أحد سند دين حال كونه مرسومًا ثم توفي، يلزم ورثته بإيفائه من التركة إن كانوا معترفين بكون السند للمتوفىٰ. وأما إذا كانوا منكرين ذلك فلا يعمل بذلك السند إلا إذا كان خطه وختمه معروفين».

– م (1612): «إذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة أحد محرر عليه بخط الميت أن هذا الكيس مال فلان، وهو عندي أمانة. يأخذه من التركة، ولا يحتاج إلىٰ إثبات بوجه آخر».

(وانظر: أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (152) – (155)).

(مادة 24): الإقرار لا يتجزأ علىٰ صاحبه.

(م (126) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ونصها: «ولا يتجزأ الإقرار الصادر من المدعىٰ عليه بمجلس القضاء، فلا يؤخذ منه الضارب ويترك الصالح له، بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر إنكارًا للدعوىٰ.

وذلك إذا لم يكن للمدعي دليل علىٰ دعواه، ولا للمدعىٰ عليه دليل علىٰ ما صدر منه».

والمادة (104) – (2) إثبات مصري ونصها: «ولا يتجزأ الإقرار علىٰ صاحبه، إلا إذا انصب علىٰ وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتمًا وجود الوقائع الأخرىٰ».

والمادة (470) مدني عراقي، وكذا م (101) سوري، و(72) - (2) سوداني).

(وانظر ابن قدامة، المغني، (5): (161)).

المذكرة الإيضاحية:

وقد رئي الأخذ بهذا الحكم (عدم تجزئة الإقرار علىٰ صاحبه)؛ لأن المقر في هذه الحالة يقع في حرج: فإما أن يكذب فلا يقر بشيء، وإما أن يقر بالدين وبالوفاء به فيؤخذ بإقراره فيما يتعلق بثبوت الدين، ولا يؤخذ بإقراره فيما يتعلق بقضائه الدين فيوقعه، صدقه في الضرر. فمنعًا للحرج رئي الأخذ بالإقرار كله وعدم جواز تجزئته.

(انظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (136) - (137)).

وقد يعرض الإقرار في صور مختلفة، فقد يكون مجرد اعتراف بالواقعة المدعىٰ بها، وقد يضاف إليه شق آخر يكمل الاعتراف بالواقعة، أو يشمل دلالة هذا الاعتراف، ويكون غير منفك عنه في صدوره. وفي الحالة الأولىٰ يكون الإقرار بسيطًا، ولا تعرض بشأنه أية صعوبة؛ لأن إشكال عدم التجزئة ممتنع بطبعه. أما في الحالة الثانية فيكون الإقرار مركبًا، ولا يهم فيما يتعلق بالإقرار المركب أن يكون الشق المضاف معاصرًا أو غير معاصر[1] المدعىٰ بها. فقد يقر المدعىٰ عليه بالدين ويدعي أنه معلق أو مضاف إلىٰ أجل، ويسمىٰ هذا الإقرار «موصوفًا» في اصطلاح الفقه؛ لأن الشق المضاف معاصر للواقعة القانونية. وقد يقر المدعىٰ عليه بوجود القرض ويدعي الوفاء. فيكون الشق المضاف غير معاصر للواقعة القانونية.

وتعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للإقرار المركب، أي مسألة معرفة ما إذا كان يجوز لمن وجه الإقرار إليه أن يأخذ منه ما يرىٰ فيه مصلحة له، وأن يهمل الشق المضاف، إلا أن من المقرر أن الشق المضاف يعتبر غير منفك عن جملة الإقرار، موصوفًا كان الإقرار أو غير موصوف، أو لولاه لما صدر الاعتراف، ثم إن الإقرار بأسره هو الذي يعتبر حجة لا جزءًا منه فحسب. ويترتب علىٰ ذلك أن الإقرار المركب لا يتجزأ - موصوفًا كان أو غير موصوف -، بل يتعين علىٰ من يتمسك به بصفته هذه أن

(1) جملة مطموسة لم أستطع قراءتها.

يعتد به بأسره.

فقاعدة عدم تجزئة الإقرار قاعدة عامة، لا يرد علىٰ إطلاقها أي قيد أو حد.

وبذلك يكون هذا القانون قد سد منافذ الخلاف الذي قام بشأن جواز، أو عدم جواز تجزئة الإقرار المركب، وما ينشأ عن ذلك من خلاف في التطبيق، ونزل عند إرادة المقر التي تنصرف في الغالب إلىٰ وحدة إقراره حيث لا يتجزأ.

(مادة 25): لا يصح الرجوع عن الإقرار.

(م (79) و(1587) و(1588) و(1589) من المجلة، و(127) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و م (468) مدني عراقي).

المذكرة الإيضاحية:

الإقرار تصرف شرعي إخباري من جانب واحد يتعلق به حق الغير، فمتىٰ ثبت لم يعد في إمكان المقر العدول عنه إلا لسبب من الأسباب التي تبطله، ولو كان ذلك قبل أن يتمسك به المقر له. وللمقر له أن يتمسك بالإقرار أو أن يطرحه، ويبطل الإقرار إذا طرحه المقر له وكان المقر به حقًّا خالصًا للمقر له، فإذا تعلق به حق الغير لم يبطل.

(انظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (158) - (166). والمغني، (5): (164) وما بعدها. وابن فرحون، تبصرة الحكام، (2): (41). والمادة (18) من هذا المشروع).

❋ ❋ ❋

الباب الثاني

استجواب الخصوم

(**مادة 26**): للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضرًا من الخصوم، ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر.

(م (105) إثبات مصري، و م (115) و(117) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و م (103) بينات سوري و(74) - (1) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

الاستجواب: طريق من طرق تحقيق الدعوىٰ، يعمد أحد الخصوم بواسطته إلىٰ سؤال خصمه عن بعض وقائع معينة؛ ليصل من وراء الإجابة عليها والإقرار بها إلىٰ إثبات مزاعمه، أو دفاعه، أو تمكين المحكمة من تلمس الحقيقة الموصلة لهذا الإثبات.

والاستجواب جائز أمام المحاكم علىٰ اختلاف أنواعها ودرجاتها، وفي أي حالة كانت عليها الدعوىٰ، ويجوز طلبه وإجراؤه أمام المحكمين؛ لأنهم لم يخرجوا عن كونهم قضاة، عهد إليهم الخصوم بالفصل في الموضوع.

ويجب أن يقدم طلب الاستجواب قبل إقفال باب المرافعة في الدعوىٰ، وإلا يكون مقصودًا به كسب الوقت وتأخير الفصل في النزاع.

ويجوز الأمر بالاستجواب في كل موضوع قائم بشأنه نزاع، سواء كان إثباته بالبينة جائزًا أم غير جائز؛ لأن الغرض من الاستجواب الحصول علىٰ إقرار من الخصم بوقائع قانونية مدعىٰ بها، وما دام الاستدلال بالإقرار جائزًا بالنسبة لجميع الوقائع، فإنه من المسلم به جواز استجواب الخصم عن الوقائع التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

غير أنه لا يجوز الأمر بالاستجواب في الحالات الآتية:

1- إذا كان الغرض منه نفي حجية حكم؛ لأنه لا يجوز دفع تلك الحجية بأي دليل من أدلة الإثبات.

2- إذا كان الغرض منه نفي وقائع تناولتها ورقة رسمية، إذا كان الموظف الذي أثبتها عمل في حدود وظيفته باعتبار أنه رآها أو سمعها أو باشرها.

3- إذا كان الغرض منه التوصل لإثبات عقد، لا يعتبره القانون موجودًا إلا إذا اتخذ

شكلًا خاصًّا، كعقد الهبة أو الرهن العقاري.

ويشترط في الوقائع التي يتناولها الاستجواب:

1- أن تكون شخصية بالنسبة للخصم المطلوب استجوابه، ويقصد بالوقائع الشخصية بالنسبة للأشخاص المعنوية - الوقائع المتعلقة بالشخص الاعتباري، كهيئة أو مصلحة أو شركة لا يشخص ممثلها المستجوب.

2- أن تكون متعلقة بالدعوىٰ ومنتجة في الإثبات، وللمحكمة حرية التقدير فيما إذا كانت الوقائع المطلوب استجواب الخصم عنها متعلقة بالدعوىٰ، ومنتجة في الإثبات. (العشماوي، المرافعات، جـ (2)، ص (609) وما بعدها).

(**مادة 27**): للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه، سواء من تلقاء نفسها، أو بناءً علىٰ طلب خصمه، وعلىٰ من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار.

(م (106) إثبات مصري، و م (120) - (121) من لائحة ترتيب المحكمة الشرعية، و(104) بينات سوري، و(74) - (2) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

إذا لم يكن الخصم حاضرًا بالجلسة كان للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب من أحد الخصوم - أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه، ولا يجوز للخصم أن ينيب عنه غيره في الاستجواب، بل يتعين عليه أن يحضر بنفسه في الجلسة التي حددت لاستجوابه، فإذا لم يمتثل لأمر المحكمة بالحضور فإن القانون رتب جزاءً علىٰ ذلك، هو ما نص عليه في المادة (34) من هذا القانون.

(**مادة 28**): إذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها جاز استجواب من ينوب عنه وجاز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزًا في الأمور المأذون فيها.

ويجوز بالنسبة إلىٰ الأشخاص الاعتبارية توجيه الاستجواب إلىٰ من يمثلها قانونًا.

ويشترط في جميع الأحوال أن يكون المراد استجوابه أهلًا للتصرف في الحق المتنازع فيه.

(م (107) إثبات مصري).

المذكرة الإيضاحية:

الاستجواب ما هو إلا وسيلة للحصول علىٰ إقرار من الخصم، والإقرار لا تكون له حجيته في الإثبات - باعتباره تصرفًا قانونيًّا - إلا إذا كان صادرًا ممن له أهلية التصرف في هذا الحق قانونًا، وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الصادر من الوكيل (المحامي) لا تكون له حجية علىٰ موكله إلا إذا كان مفوضًا فيما أقر به تفويضًا خاصًّا، فكذلك الاستجواب، فالاستجواب المميز مشروط بأن يكون المسائل المأذون فيها، وما دام أنه يملك التصرف في شأنها فإنه يجوز استجوابه عنها، وما ورد في استجوابه بصددها يكون حجة عليه.

(مادة 29): إذا رأت المحكمة أن الدعوىٰ ليست في حاجة إلىٰ استجواب - رفضت طلب الاستجواب.

المذكرة الإيضاحية:

1- أنه وإن كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه، إلا أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة هذا الطلب؛ لأنه من الرخص المخولة لها، فلها أن تلتفت عنه إذا وجدت في الدعوىٰ من العناصر ما يكفي لتكوين عقيدتها بغير حاجة لاتخاذ هذا الإجراء.

2- ويجوز للمحكمة أن تعدل عن حكم الاستجواب إذا رأت أنه لا جدوىٰ من اتخاذ هذا الإجراء، وأن في أوراق الدعوىٰ وما قدم فيها من أدلة - ما يكفي لتكون عقيدتها بغير حاجة إليه.

(مادة 30): يوجه الرئيس الأسئلة التي يراها إلىٰ الخصم، ويوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها، وتكون الإجابة في الجلسة ذاتها، إلا إذا رأت

المحكمة إعطاء ميعاد للإجابة.

(م (109) إثبات مصري، و(117) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(106) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

للمحكمة أو للقاضي المنتدب لإجراء الاستجواب - أن يمنع الخصم من توجيه أسئلة إلىٰ خصمه تكون غير متعلقة بالدعوىٰ، أو غير منتجة فيها، أو تتضمن ما يخالف النظام العام، أو حسن الآداب، أو تتضمن تجريحًا للمستجوب.

(مادة 31): تكون الإجابة في مواجهة من طلب الاستجواب، ولكن لا يتوقف الاستجواب علىٰ حضوره.

(م (110) إثبات مصري، و(119) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(107) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

إذا صدر حكم بالاستجواب ولم يكن أحد من الخصوم حاضرًا وقت النطق به - فإنه يتعين علىٰ قلم الكتاب إعلانه به، شأنه في ذلك شأن أي إجراء من إجراءات الإثبات.

(مادة 32): تدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بمحضر الجلسة، وبعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس والكاتب والمستجوب. وإذا امتنع المستجوب عن الإجابة أو عن التوقيع ذكر في المحضر امتناعه وسببه.

(م (111) إثبات مصري، و(118) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(109) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

هذه المادة تبين طريقة إثبات الأسئلة والأجوبة في محاضر الجلسات، وما يتبع عند امتناع المستجوب عن الإجابة.

(**مادة 33**): إذا كان للخصم عذر يمنعه عن الحضور للاستجواب - جاز للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لاستجوابه علىٰ نحو ما ذكر.

(م (112) إثبات مصري، و(120) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(110) بينات سوري، و(74) - (4) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

إذا كان المراد استجوابه لا يستطيع الحضور لمقر المحكمة لعذر يمنعه من ذلك، وكان يقيم خارج دائرة المحكمة - فإنه يجوز للمحكمة أن تندب قاضي المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها المكان الموجود فيه المطلوب استجوابه لإجراء الاستجواب، وذلك وفقًا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (8) من هذا المشروع، وفي هذه الحالة تحدد المحكمة التي أمرت بالاستجواب لقاضي المحكمة الجزئية المسائل التي يتعين استجواب الخصم فيها.

(**مادة 34**): إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول، أو امتنع من الإجابة بغير مبرر قانوني - جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود، والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك.

(م (113) إثبات مصري، و(122) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ونصها: «إذا امتنع المسئول عن الإجابة، أو تخلف عن الحضور لاستجوابه، فللمحكمة النظر في ذلك من حيث كونه يورث شبهة أم لا، وعليها أن تقرر ما تراه بعد ذلك».

و م (111) بينات سوري، وفيها زيادة هي: «... بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تتخذ من هذا النكول أو التخلف مسوغًا لاعتبار الوقائع التي تقرر استجوابه عنها ثابتة، أو أن تقبل الإثبات بشهادة... إلخ».

و م (74) - (3) إثبات سوداني، ونصها: إذا رفض الخصم الإجابة علىٰ الأسئلة الموجهة إليه بغير مبرر قانوني، أو لم يحضر لاستجوابه بغير عذر مقبول - جاز للمحكمة أن تستخلص من ذلك قرينة تساعدها علىٰ الفصل في الدعوىٰ».

المذكرة الإيضاحية:

لا يخلو الحال من أن يتخذ الخصم إزاء طلب الاستجواب أحد المواقف الآتية:

أولًا: أن يتخلف عن الحضور بعذر، وفي هذه الحالة تؤجل الدعوىٰ أو تنتقل المحكمة لاستجواب الخصم، أما إذا كان تخلفه بغير عذر مقبول جاز للمحكمة أن تقبل لإثبات الواقعة الشهادة والقرائن فيما لم يكن جائزًا إثباته بهما.

ثانيًا: أن يحضر الخصم ويمتنع عن الإجابة، فإن كان امتناعه راجعًا لمنازعته في جواز الاستجواب وتعلق الوقائع بالدعوىٰ - فصلت المحكمة في ذلك، فإن رفضت منازعته كان عليه أن يجيب علىٰ الأسئلة، وإذا امتنع لغير سبب أو مبرر عن الإجابة جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن.

ثالثًا: أن يحضر الخصم ويجيب بالإنكار علىٰ الاستجواب، وعندئذٍ لا يكون أمام الخصم الآخر إلا أن يقيم الدليل علىٰ ما يدعيه وفقًا لقواعد الإثبات العامة.

رابعًا: أن يجيب الخصم علىٰ الاستجواب بإقرار صريح، ويعتبر إقراره في هذه الحالة إقرارًا قضائيًّا.

خامسًا: أن يجيب الخصم إجابة غامضة، أو ينكر بعض الوقائع ويقر بالبعض الآخر، ففي حالة الغموض يكون للمحكمة السلطة في استنتاج ما تراه مستفادًا منه، ولها أن تعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح الإحالة إلىٰ التحقيق، أو تعتبره إنكارًا للوقائع موضوع الاستجواب. وفي حالة إنكار بعض الوقائع والإقرار بالبعض الآخر يعتبر ما حصل الاعتراف به ثابتًا، وما حصل إنكاره غير ثابت.

الباب الثالث

الشهـــــــادة

حجيتها:

1- الشهادة طريق من طرق الإثبات أمام القضاء.

قال تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 2].

وقال تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: 282].

وقال رسول الله ﷺ:

- «**لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا ذي غمر علىٰ أخيه، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت**». رواه أحمد، وأبو داود. و«الغمر» (بكسر الغين المعجمة وسكون الميم ثم راء): أي: صاحب حقد علىٰ أخيه. و«القانع»: الخادم والتابع. وإنما ترد شهادته للتهمة بجلب النفع لنفسه.

(بلوغ المرام رقم (1202) ص (218)).

- «**لا تجوز شهادة بدوي علىٰ صاحب قرية**». رواه أبو داود وابن ماجه. (بلوغ المرام رقم (1203) ص (218) - (219)).

- عن ابن عباس رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ أن رسول الله ﷺ قضىٰ بيمين وشاهد. أخرجه مسلم وأبو داود، والنسائي، وقال: إسناده جيد. (بلوغ المرام رقم (1207) و(1208) ص (219)).

قال في المبسوط: إن القياس يأبىٰ كون الشهادة حجة في الأحكام؛ لأنها خبر محتمل للصدق والكذب، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة، ولكنا تركنا ذلك بالنصوص: قال تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282]. وقال تعالىٰ: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: 15]. وقال ﷺ: «**شاهداك أو يمينه**». وقال: «**البينة علىٰ المدعي**». ولأن حاجة الناس داعية إلىٰ ذلك؛ لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس، وتتعذر إقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة، والتكليف إنما يكون بحسب الوسع، ونظيره القياس في الأحكام بغالب الرأي في موضع الاجتهاد. (أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (284)).

2- وقد رئي جعل عنوان هذا الفصل «الشهادة» وليس «البينة»، كما فعل القانون

المدني المصري؛ لأن البينة وإن كانت مرادفة للشهادة عند عامة الفقهاء، إلا أنها عند البعض ليست مقصورة علىٰ الشهادة، وإنما هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، فالمراد بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة، فيدخل فيها القرائن عند القائلين بأنها من طرق القضاء. (انظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، ص (13) و(24)، وكذلك ابن فرحون، تبصرة الحكام، (1): (202)، والسنهوري، الوسيط، جـ (2)، البند (160)، ص (311)، والبند (165)، ص (319)).

وكانت الشهادة من أقوىٰ الأدلة، بل كانت هي الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة، وكانت الأمية متفشية، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم، حتىٰ كانت الشهادة هي التي تستأثر باسم «البينة» دلالة علىٰ أن لها المقام الأول في البينات. فلما انتشرت الكتابة، وتقلص ظل الأمية، بدأت الكتابة تسود، ثم أخذت المكان الأول في الإثبات، ونزلت الشهادة إلىٰ المكان الثاني لما تنطوي عليه من عيوب ظاهرة. فالشهادة تقوم علىٰ أمانة الشهود، والشهود حتىٰ إذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان، ثم إن الدقة تنقصهم. هذا إلىٰ أنه إذا أفسح المجال للإثبات بالشهادة، وأصبح اعتماد القضاء عليه - كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول علىٰ شهود زور يشهدون بالباطل. أما الكتابة فكفتها راجحة، ومتىٰ كانت بعيدة عن التزوير فهي أدق أداءً وأكثر ضبطًا للوقائع. ثم هي لا يرد عليها النسيان، فهي دليل هيئ مقدمًا؛ ليحيط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة؛ لأنها إنما أعدت لهذا الغرض.

علىٰ أن هناك اتجاهًا في العصر الحاضر من شأنه أن يرد للشهادة اعتبارها، ففي التقنينات الجرمانية وفي بعض التقنينات اللاتينية يجوز في المسائل المدنية - علىٰ غرار المسائل التجارية - الإثبات بالشهادة، حيث يجوز الإثبات بالكتابة، ويذهب بعض كبار الفقهاء من أمثال تالير إلىٰ تحبيذ هذا الاتجاه، والقضاء الفرنسي ذاته، في خلال القرن الأخير، يساير هذه النزعة فيتوسع في قبول الشهادة عن طريق التوسع في تفسير معنىٰ «مبدأ الثبوت بالكتابة»، ومعنىٰ «تعذر الحصول علىٰ الكتابة». (السنهوري، الوسيط، جـ (2) البند (165) ص (319) والبند (189) ص (356) وما بعدهما).

والفقه الإسلامي يغلب الشهادة علىٰ الكتابة، بل هناك من يمنع العمل بالكتابة دليلًا

في الإثبات. (انظر: أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (61) وما بعدها). ويلاحظ أن الكتابة تكون في الغالب إقرارًا أو شهادة. (راجع المذكرة الإيضاحية للمادة (14) من هذا المشروع).

(مادة 35): الشهادة هي الإخبار بحق أحد في ذمة الآخر في مجلس القاضي، ومواجهة الخصمين.

المذكرة الإيضاحية:

الغرض من الشهادة الحكم بموجبها؛ فلا بد أن تكون بحضرة القاضي في مجلس حكمه الذي نصب ليفصل فيه بين المتنازعين، فلو أخبر بها في غير ذلك المجلس فلا تعتبر ولو كان القاضي حاضرًا. وقد نص في المادة (1687) من المجلة أنه: «لا تعتبر الشهادة التي تقع في خارج مجلس المحاكمة». وأما المحكم فليس له مجلس معين كالقاضي ذي الولاية العامة، بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه.

ويشترط علىٰ كل حال أن تكون الشهادة في المجلس الذي نصب فيه نفسه للحكم. ويشترط أن تكون الشهادة بمواجهة الخصمين إذا كانا حاضرين بمجلس القاضي، مع إشارة الشاهد عند أداء الشهادة إلىٰ كل منهما، ولا حاجة إلىٰ ذكر اسمهما ونسبهما في هذه الحالة؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف بالشخص من تعريفه باسمه ونسبه؛ لأنه في الحالة الأولىٰ معين تعيينًا ينتفي معه كل احتمال، بخلاف الحالة الثانية مهما بولغ فيها، فالاحتمال قائم وإن كان ضعيفًا، وعلىٰ ذلك لو عرفهما باسمهما ونسبهما وهما حاضران ولم يشر إليهما - لا يكتفىٰ منه بهذا التعريف لما ذكر.

أما إذا كانا غائبين أو أحدهما فلا سبيل إلىٰ تعريف الغائب منهما إلا باسمه ونسبه، وتكون الشهادة حينئذٍ بمواجهة من ينوب شرعًا مناب الغائب منهما من وكيل أو وصي.

وهل يشترط أن يؤدي الشاهد شهادته بلفظ «أشهد»؟ اختلف في ذلك، فقال البعض بأنه يشترط بل جعله البعض «ركن» الشهادة (التنوير والتبيين والهداية والفتح والبدائع). وقال البعض: لا يشترط. وعلىٰ الأول سارت المجلة (م (1684) و(1689)). وعلىٰ الثاني سارت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، م (175) ونصها: «ولا يشترط في قبولها

لفظ «أشهد»». وقد رئي في القانون الأخذ بالأخير؛ استنادًا إلىٰ ما قاله ابن القيم في الطرق الحكمية (ص - (204)): «قال شيخنا: فاشتراط لفظ الشهادة لا أصل له في كتاب الله، وسنة رسوله ولا قول أحد من الصحابة، ولا يتوقف إطلاق لفظ الشهادة لغة علىٰ ذلك». (وانظر: أحمد إبراهيم، طرق القضاء، (309) - (314)).

واشتراط الشهادة في مجلس القاضي وفي مواجهة الخصمين - تفترض سبق الدعوىٰ من صاحب الحق المتعلق بها المشهود به، وموافقة الشهادة للدعوىٰ. (انظر: أحمد إبراهيم، طرق القضاء ص (347) و(355) - (356)). وقد نص في المادة (1696) من المجلة أنه: «يشترط سبق الدعوىٰ في الشهادة بحقوق الناس».

(مادة 36): نصاب الشهادة في حقوق العباد المالية رجلان أو رجل وامرأتان.

ويكفي في قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر في المعنىٰ وإن اختلفت الألفاظ.

وتقبل شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال عادة.

(م (1685) و(1712) - (1715) من المجلة، م (175) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

المذكرة الإيضاحية:

1- تبين هذه المادة نصاب الشهادة في حقوق العباد من الأموال. والسند في هذا التحديد قوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]. وقوله تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: 282].

وقال ﷺ: «**شاهداك أو يمينه**».

والقياس أن يكتفىٰ بشهادة الواحد؛ لأن رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد العدل موجبًا للعمل في رواية الحديث. وكما لا يثبت القطع بخبر الواحد كذلك لا يثبت بخبر الاثنين، ولا بخبر الأربعة، بل يثبت بالعدد البالغ حد التواتر. وإذن لا معنىٰ لاشتراط رجلين أو رجل وامرأتين لعدم الفائدة، لكن ترك ذلك بالنصوص المبينة للعدد من الكتاب

والسنة، وحاشا أن يكون التقدير في النصوص خاليًا من الفائدة؛ فإن فيه معنىٰ طمأنينة القلب وذلك عند إخبار العدد أظهر منه في خبر الواحد ثم في العدد معنىٰ التوكيد، إذ التزوير والتلبيس في الخصومات يقع بكثرة، فيشترط العدد في الشهادات؛ صيانة للحقوق من الضياع.

(السرخسي، المبسوط، (16): (112). وأحمد إبراهيم، طرق القضاء ص (284) - (285)).

2- وقد رئي قطعًا لكل شك أن ينص علىٰ الاكتفاء في قبول الشهادة بمطابقة شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر في المعنىٰ وإن اختلفت الشهادتان في الألفاظ. (انظر: أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (364) - (365)).

> **(مادة 37):**
>
> 1- يشترط في الشاهد أن يكون أهلًا لأداء الشهادة.
>
> 2- ويكون أهلًا لأداء الشهادة من كان بالغًا خمس عشرة سنة، عاقلًا، حافظًا، عدلًا.
>
> 3- ويجوز أن تسمع أقوال من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة بغير يمين، وعلىٰ سبيل الاستدلال.

(م(1705) من المجلة، و(172) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(59) بينات سوري، و(50) سوداني، و(64) إثبات مصري).

المذكرة الإيضاحية:

1- تتناول هذه المادة شروط الشاهد، وهي البلوغ والعقل والحفظ - والمقصود بالحفظ: قوة الذاكرة وغالب حالة التذكر وقلة النسيان - والعدالة.

2- وقد اختلفت العبارات في تعريف العدالة، فقيل: «العدل هو من تغلب حسناته سيئاته». (م (1705) من المجلة). وقيل: هو من لم يشتهر بالكذب مع الإسلام، فإن تعذر فمن لا يعرف بالكذب. قيل: ويجبر بزيادة العدد. (فتاوىٰ عليش، (2): (311)). وقيل إن العدالة في استواء أحوال الشخص في دينه، واعتدال أقواله وأفعاله، ويعتبر لها شيئان: الصلاح في الدين، واستعمال المروءة: بفعل ما يجمله، وترك ما يدنسه ويشينه عادة. (منتهىٰ الإرادات، (2): (657)).

وروي عن أبي يوسف: العدل هو من لا يأتي بكبيرة، ولا يصر علىٰ صغيرة، ويكون ستره أكثر من هتكه، وصوابه أكثر من خطئه، ومروءته ظاهرة. (أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (324)).

3- أما من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة فقد أجيز سماع أقواله علىٰ سبيل الاستدلال بلا يمين. ومفاد ذلك أنه لا يكون أهلًا للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة، ولكن للقاضي أن يسترشد بها إذا كان صاحبها مميزًا، يدرك ما يقول، ووثق به لتعزيز شهادة شاهد بالغ أو أي دليل قانوني آخر.

(مادة 38):

1- يشترط لقبول الشهادة ألا يكون الشاهد متهمًا فيها، بأن كانت تجر له مغنمًا أو تدفع عنه مغرمًا.

2- فلا تقبل شهادة الشخص لفرعه، أو أصله، أو زوجه، أو أخيه.

3- وإذا كان بين الشاهد وأحد الخصمين علاقة صداقة أو عداوة ونحوهما -فللمحكمة أن تقبل الشهادة أو تردها وفقًا لما تراه.

(انظر من المجلة المواد من (1700) إلىٰ (1703)، ومن القانون المدني العراقي المواد من (496) إلىٰ (498)، وابن القيم، إعلام الموقعين، جـ (1) ص (60) - (96)، أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (133) - (135)).

المذكرة الإيضاحية:

يشترط انتفاء التهمة عن الشاهد؛ لترجيح جانب الصدق علىٰ جانب الكذب في الشهادة، فيشترط ألا يكون فيها جر مغنم للشاهد، أو دفع مغرم عنه؛ لأن الأصل في بناء الأحكام القضائية علىٰ الشهادة التي لا تفيد إلا ظنًّا - إنما هو دفع حاجة الناس واضطرارهم في إثبات حقوقهم إليها، فوجب أن يراعىٰ في خبر الشهود وفي أحوالهم - ما يرجح صدقهم فيما يشهدون به بالقدر المستطاع.

وعلىٰ ذلك قال أبو حنيفة وأصحابه رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: لا تقبل شهادة الأصل لفرعه، ولا الفرع لأصله، ولا أحد الزوجين لصاحبه، ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتها، ولا

الأجير الخاص لمستأجره، ولا الصديق لصديقه إذا وصلت صداقتهما إلىٰ درجة أن يتصرف أحدهما في مال الآخر بلا ممانعة، فإذا لم تصل الصداقة إلىٰ هذا الحد قبلت الشهادة. قالوا: وذلك لتمكن التهمة، فيغلب علىٰ الظن كذب الشاهد. ويشترط أيضًا ألا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية؛ لأن العداوة لأجل الدنيا حرام، فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه. أما إذا كانت العداوة دينية فإنها لا تمنع؛ لأنها تدل علىٰ كمال دين الشاهد وعدالته؛ لأن المعاداة قد تكون واجبة بأن رأىٰ فيه منكرًا شرعًا ونهاه فلم ينته. وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف. قالوا: ومن ذلك ألا يكون الشاهد خصمًا، فلا تصح شهادة الوصي لليتيم، والوكيل للموكل؛ لأن كل واحد منهما يكون مدعيًا وشاهدًا. ويلحق بهذا شهادة المولىٰ لعبده؛ لأنها في المعنىٰ شهادة لنفسه. وجعلوا من هذا أيضًا شهادة الإنسان علىٰ فعل نفسه، فلو قال الوكيل بالبيع أو الدلال: كنا بعنا هذا المال الذي يدعي المشتري أنه ملكه بسبب الشراء. لا تقبل شهادتهما، أما لو شهدا بأن العين ملك المدعي ولم يصرحا بقولهما: كنا بعنا. قبلت الشهادة.

(**انظر**: الدر وتكملة رد المحتار، والهداية، وشروحها، وتبيين الحقائق، والمجلة، وأحمد إبراهيم، طرق القضاء: ص (330)، (331)).

وفي التبصرة وابن جزي ما حاصله: من موانع قبول الشهادة تهمة الشاهد فيما يشهد به ولو كان في ذاته عدلًا، ومن ذلك أن يكون في الشهادة جر مغنم له أو دفع مغرم عنه، كأن يشهد الوصي بدين الميت، والمنفق عليه بمال للمنفق علىٰ غيره، وكشهادة المدين المعسر لرب الدين، وكأن يشهد من له دين علىٰ مفلس أن للمفلس دينًا علىٰ غيره؛ ليصل بذلك إلىٰ دينه، أو يكون في الشاهد ميل طبعي للمشهود له فلا تقبل شهادة الولد لوالديه، ولا لأجداده وجداته، ولا شهادة واحد منهم له، ولا شهادة الزوج لامرأته، ولا شهادتها له، ولا شهادة وصي لمحجوره. واختلف في شهادة الأخ لأخيه، وقيل: تقبل إذا كان عدلًا مبرزًا. وقيل: إذا لم يكن تحت صلته. واختلف في شهادة الصهر لصهره، والصديق لصديقه، وفي شهادة الرجل لابن امرأته، وفي شهادة المرأة لابن زوجها، وفي شهادة الوالد لأحد ولديه علىٰ الآخر، وفي شهادة الولد لأحد والديه علىٰ صاحبه، أو يكون في الشاهد ميل علىٰ المشهود عليه فلا تقبل شهادة العدو علىٰ عدوه إذا كانت

العداوة في أمر دنيوي من مال، أو جاه، أو منصب، أو خصام، أو ما في معنىٰ ذلك بخلاف الدينية إلا أن يؤدي إلىٰ إفراط الأذىٰ من الفاسق المعادي لفسقه لمن غضب عليه وهجره لله تعالىٰ؛ لأن ذلك ربما أورث الشحناء، وكذا لا تقبل شهادة الخصم علىٰ خصمه. وكل من لا تقبل شهادته عليه تقبل له، كالخصم بالنسبة إلىٰ خصمه، وكل من لا تقبل شهادته له تقبل عليه كالأب بالنسبة إلىٰ ابنه.

(انظر التبصرة، (1): (223) وما بعدها).

وفي المهذب: ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا. وقال المزني وأبو ثور: تقبل، ووجهه قوله تعالىٰ: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡ﴾، فعم ولم يخص، ولأنهم كغيرهم في العدالة فكانوا كغيرهم في الشهادة، وهذا خطأ لما روىٰ ابن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ أن النبي ﷺ قال: «**لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي إحنة**». (الظنين: المتهم، والإحنة: الحقد). وهذا متهم؛ لأنه يميل إليه ميل الطبع (والطبع هو السجية بما جبل عليه الإنسان من أصل الخلقة)، ولأن الولد بضعة من الوالد، والآية نخصها بما ذكرناه، وتقبل شهادة أحدهما علىٰ الآخر في جميع الحقوق. قال: ومن أصحابنا من قال: لا تقبل شهادة الولد علىٰ الوالد في إيجاب القصاص وحد القذف؛ لأنه لا يلزمه القصاص بقتله، ولا حد القذف بقذفه؛ فلم يلزمه ذلك بقوله. والمذهب الأول لأنه إنما ردت شهادته له للتهمة، ولا تهمة في شهادته عليه. ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعم وغيرهم - تقبل شهادة بعضهم لبعض؛ لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر في العتق، ولا ماله كماله في النفقة. وكذا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر؛ لأن النكاح سبب لا يعتق به أحدهما علىٰ الآخر بالملك، فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر، كقرابة ابن العم. ولا تقبل شهادة الزوج علىٰ زوجته في الزنا؛ لأن شهادته دعوىٰ خيانة في حقه فلم تقبل كشهادة المودع علىٰ المودع بالخيانة في الوديعة، ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل، كما لو شهد عليها أنها جنت عليه.

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين ((1)، (95) - (96)) ما ملخصه: «شهادة القريب لقريبه لا تقبل مع التهمة، وتقبل بدونها. هذا هو الصحيح» وقد اختلف الفقهاء

في ذلك: فمنهم من جوز شهادة القريب لقريبه مطلقًا، كالأجنبي، ولم يجعل القرابة مانعة من الشهادة بحال كما يقول أبو محمد بن حزم وغيره من أهل الظاهر، وهؤلاء يحتجون بالعمومات التي لا تفرق بين أجنبي وقريب. ومنهم طائفة منعت شهادة الأصول للفروع، والفروع للأصول خاصة، وجوزت شهادة سائر الأقارب بعضهم لبعض، وهذا مذهب الشافعي، وأحمد قال: وليس مع هؤلاء نص صحيح بالمنع. ثم ساق أدلة الشافعي وافية، وقد تقدم بعضها ثم رد عليها. وقبل ذلك أورد أدلة المجوزين وهي الاستدلال بالنصوص العامة، كما صنع المزني وأبو ثور فيما تقدم، ثم نقل عن عمر بن الخطاب وشريح وعمر بن عبد العزيز وغيرهم من السلف الصالح وتابعيهم - قبول شهادة الأصل للفرع، والفرع للأصل، والقريب لقريبه، وأحد الزوجين للآخر. وقال فيما قاله نقلًا عن الزهري: لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا الزوج لامرأته. ثم ظهر بعد ذلك من الناس أمور حملت الولاة علىٰ اتهامهم، فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة، وصار ذلك من الولد والوالد، والأخ والزوج والمرأة - لم يتهم إلا هؤلاء في آخر الزمان. والصحيح: أنه تقبل شهادة الابن لأبيه، والأب لابنه فيما لا شبهة فيه، وهذا أحد أقوال ثلاثة للإمام أحمد.

وقال المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم في طرق القضاء، ص (335):

أقول: وعلىٰ هذا فتقدير الشهادة، وتعرف وجه التهمة فيها - موكول إلىٰ القاضي، فيرد ما يرىٰ فيه تهمة، ويقبل ما يراه بريئًا منها، وهذا من الصعوبة بمكان، والأول أضبط وأسلم. والله أعلم».

(انظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (330) - (335)).

وقد رئي الاكتفاء بما ورد في هذه المادة اقتباسًا من جملة هذه النصوص.

(مادة 39): لا تقبل الشهادة التي يكذبها الحس، أو التي تخالف المتواتر.

(م (1697) و(1698) من المجلة).

المذكرة الإيضاحية:

يشترط لقبول الشهادة ألا يكذبها الحس. فإن كذبها الحس فلا تقبل، ولا يجوز أن يبنىٰ عليها قضاء. وذلك لأن الحس يفيد علمًا قطعيًّا، والشهادة تفيد خبرًا ظنيًّا، والظني لا يعارض القطعي. وذلك كالبينة التي تقام علىٰ موت شخص وحياته مشاهدة، أو علىٰ خراب دار وهي قائمة يشهد العيان بعمارتها، وكذا الشهادة التي تخالف المتواتر؛ لأن المتواتر يفيد علم اليقين، والشهادة ظنية يدخلها الشك.

(انظر أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (29) - (32) و(317). والفتاوىٰ المهدية، وتبصرة الحكام، (1): (204) - (205)).

(مادة 40): يجوز إثبات الدعوىٰ بالشهادة ما لم يوجد نص بغير ذلك.

(م (172) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(49) إثبات سوداني، و م (400) مدني مصري، و(60) إثبات مصري، و(52) بينات سوري، و(486) مدني عراقي).

المذكرة الإيضاحية:

1- قررت هذه المادة مبدأ قبول الشهادة في الدعوىٰ.

2- وقد رئي أن يضاف إلىٰ النص «ما لم يوجد نص بغير ذلك»؛ ذلك أن هناك قيودًا ترد علىٰ الإثبات بالشهادة. (انظر فيما بعد المادة التالية (42) التي لا تجيز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمة التصرف علىٰ قدر معين من المال «عشرين جنيهًا»).

(مادة 41):

1- في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته علىٰ عشرين جنيهًا، أو كان غير محدد القيمة، فلا تسمع عند الإنكار الشهادة، في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

2- ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف. ويجوز سماع الشهادة إذا كانت زيادة الالتزام علىٰ عشرين جنيهًا لم تأت إلا من ضم الملحقات إلىٰ الأصل.

3- وإذا اشتملت الدعوىٰ علىٰ طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة - جاز

سماع الشهادة في كل طلب لا تزيد قيمته علىٰ عشرين جنيهًا، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد علىٰ هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة، وتكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئيًّا بقيمة الالتزام الأصلي.

(م (60) إثبات مصري، و(400) مدني مصري، و(52) – (54) بينات سوري، و(486) – (488) مدني عراقي.

وفي قانون الإثبات السوداني نص في المادة (13) – (14) أنه «يجوز في جميع الأحوال إثبات انقضاء الالتزام بأي طريق من طرق الإثبات»).

المذكرة الإيضاحية:

1- تعرض هذه المادة لتقييد الإثبات بالشهادة عن طريق سماع الشهادة، فتقضي بأنه لا تسمع الشهادة في التصرفات القانونية المدنية التي تجاوز قيمتها عشرين جنيهًا. وبذلك يخرج عن نطاق هذا الحظر:

(أ) **الوقائع القانونية المادية**: ذلك أن الكثرة الغالبة منها لا يتيسر إثباتها بالكتابة، ولأن الخطير من هذه الوقائع كالميلاد والوفاة يوجب القانون تسجيلها بالكتابة علىٰ نحو خاص، ولأن هذه الوقائع تحدث ويراها الناس فلا تختلف أفهامهم كثيرًا في روايتها كما وقعت؛ إذ إنها ليست من الدقة والتعقيد بحيث يصعب علىٰ الشهود استيعاب تفاصيلها.

(ب) **التصرفات القانونية التجارية**: ذلك لما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة، وما يستلزمه من البساطة وما يستغرقه من وقت قصير في تنفيذها بخلاف المعاملات المدنية، فتستغرق وقتًا طويلًا في التنفيذ، فكانت الحاجة إلىٰ الكتابة. ويلاحظ أن من المسائل التجارية ما لا يستقيم إلا بالكتابة مثل الأوراق التجارية والمسائل التجارية التي تستغرق وقتًا طويلًا وتنطوي علىٰ أهمية خاصة كما هو الأمر في عقود الشركات التجارية (م (40) – (46) تجاري)، وفي عقود بيع السفن (م (3) بحري)، وفي إيجارها (م (90) بحري)، وفي التأمين عليها أو علىٰ البضائع (م (174) بحري)، وفي القروض البحرية (م

(150) بحري).

(جـ) التصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد قيمتها علىٰ عشرين جنيهًا: وذلك لقلة قيمتها ولجريان العادة عدم إثباتها بالكتابة.

(انظر السنهوري، الوسيط، جـ (2)، البند (181) ص (340) وما بعدها).

2- وتختلف حجية الشهادة جوهريًّا عن حجية الكتابة. فبينما يعتبر الدليل الكتابي حجة بذاته؛ فيفرض سلطانه علىٰ القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس، تترك الشهادة علىٰ نقيض ذلك لتقدير القاضي، بيد أن سلطة القاضي في التقدير لا تتناول إلا تعلق الشهادة بالوقائع، دون جواز قبول الإثبات بمقتضاها؛ لأن تعيين حدود هذا الجواز من شأن القانون وحده.

3- **الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات بالشهادة:**

من الأهمية بمكان تعيين ما إذا كانت القواعد الخاصة بطرق الإثبات وعبئه تتعلق بالنظام العام أم أنها مسألة خاصة، فإذا قيل بالأول ترتب علىٰ ذلك بطلان كل اتفاق مخالف، ولو قيل بالثاني صح اتفاق المتعاقدين علىٰ الخروج عليها.

وقد ذهب البعض إلىٰ إلحاق هذه القواعد بالنظام العام لتعلقها بالنظام القضائي، ولأنها شرعت للوصول إلىٰ أمثل طريق لحسم المنازعات. ومؤدىٰ هذا الرأي أن قواعد الإثبات لا يجوز استبعادها أو تعديلها بمقتضىٰ اتفاق خاص.

وذهب رأي آخر إلىٰ أن قواعد الإثبات لا تكفل إلا حماية مصالح خاصة، ويجوز في منطق هذا الرأي للمتعاقدين أن يعدلوا فيها باتفاقهم.

وتعرض الاتفاقات الخاصة بتعديل الوقائع التي يجري إثباتها، وتعديل عبء الإثبات بوجه خاص، في عقود التأمين وعقود الإذعان، أما طرق الإثبات فالخلاف بشأنها يعرض بصدد الشهادة والقرائن. وقد قضت محكمة النقض المصرية بجواز هذا الاتفاق. وقد رئي التمشي مع هذا القضاء، ومقتضاه وجوب التمسك بعدم سماع الشهادة في هذه الحالة؛ لأن في إغفال ذلك تنازلًا عن التمسك به.

4- وتعرض الفقرة الثانية لتقدير قيمة الالتزام عند الإثبات، وقضت بأن مناطه هو قيمة التصرف عند انعقاده فجعلت بذلك أصل الدين دون الملحقات مناطًا للتقدير،

ويلاحظ أن هذه الفترة تتمشىٰ مع تقنين المرافعات المصري الخاصة بتقدير قيم الدعاوىٰ لتعيين الاختصاص التوهمي.

5- أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فتعرض لتقدير قيمة الالتزام عند تعدد الطلبات، فقضت بأنه إذا كان النزاع متعلقًا بالتزامات من طبيعة واحدة تمت في أوقات مختلفة لا في وقت واحد - فكل التزام من هذه الالتزامات يجوز إثباته بالشهادة متىٰ كانت قيمته لا تجاوز عشرين جنيهًا.

وقد أخذ القانون بذات المبدأ الذي سار عليه قانون الإثبات المصري الحالي من أن العبرة في إثبات الوفاء بالشهادة هي بقيمة الالتزام الأصلي، ولو كان الوفاء جزئيًّا وذلك دفعًا لما وجه من نقد لحكم تفريق إثبات وفاء الدين دفعات متعددة كل واحدة لا تجاوز العشرين جنيهًا؛ لأن في ذلك تحللًا من شرط الإثبات بالكتابة وتحايلًا لا يجوز إقراره.

(مادة 42):

لا تسمع الشهادة ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيهًا:

(أ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

(ب) إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزءًا من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

(جـ) إذا طالب أحد الخصوم في الدعوىٰ بما تزيد قيمته علىٰ عشرين جنيهًا، ثم عدل عن طلبه إلىٰ ما لا يزيد علىٰ هذه القيمة.

(م (61) إثبات مصري، و(401) مدني مصري، و(13) - (1) إثبات سوداني - تقابل البند (أ) من هذه المادة، و(489) مدني عراقي، و(55) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

1- تناولت هذه المادة بيان أحوال عدم سماع الشهادة. وليس الحظر في أولىٰ هذه الأحوال إلا تطبيقًا للمأثور من «صدارة الكتابة علىٰ الشهادة»، ووسيلة لكفالة احترام الدليل الكتابي.

ويراعىٰ أن حكم هذا الحظر يسري، في هذه الحالة، ولو لم تزد قيمة الالتزام علىٰ عشرين جنيهًا، فإذا كان المتعاقدون قد لجئوا إلىٰ الدليل الكتابي، امتنع قبول الإثبات

بالشهادة، ولو لم يكونوا ملزمين قانونًا بالالتجاء إلىٰ هذا الدليل، ذلك أن القانون يعتبر أن الكتابة بمجردها هي الدليل الكامل.

ويقصد بالدليل الكتابي المحررات الرسمية والعرفية والرسائل. فهذه المحررات وحدها هي التي لا يقبل الإثبات بالشهادة لنقض الثابت فيها أو بالإضافة إليها. وقد يكون قوام الإضافة الادعاء بصدور تعديلات شفوية قبل انعقاد الالتزام أو بعده أو في وقت معاصر له. ومهما يكن من أمر هذه الإضافة، فلا تسمع فيها الشهادة، أيًّا كانت صورتها، فمن ذلك الادعاء بإضافة وصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام، كشرط أو أجل، أو بالتجديد (بالاستبدال)، ولا يجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق الشهادة، فلا يجوز الادعاء مثلًا بعدم مطابقة شرط من شروط المحرر للحقيقة وإقامة الدليل علىٰ ذلك بالشهادة، كما لو أريد إثبات أن حقيقة المبلغ المقترض ليست مائة جنيه علىٰ ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر.

أما الحالتان الأخريان اللتان تكفل النص ببيانهما، فأولاهما حالة ما إذا اجتزأ المدعي من دعواه بالمطالبة بعشرين جنيهًا، فإنه لا يجوز الإثبات بالبينة؛ لأن مناط التقدير في الإثبات هو قيمة الالتزام بأكمله وقت نشوئه، والثانية حالة ما إذا طلب أحد الخصوم في الدعوىٰ بما تزيد قيمته علىٰ عشرين جنيهًا، ثم عدل طلبه إلىٰ ما لا يزيد علىٰ هذه القيمة، فلا تسمع الشهادة؛ لأن تقدير الطلب يناط بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئة أو تبعيض، أي ولو كانت البقية من الدين أقل من عشرين جنيهًا متىٰ كان أصل الدين بأسره يجاوز هذا القدر.

(مادة 43):

1- تسمع الشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.

2- وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعىٰ به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

(م (62) إثبات مصري، و م (402) مدني مصري، و م (490) مدني عراقي، و(56) بينات سوري. وانظر نقده في السنهوري، الوسيط، جـ (2) الهامش (3) ص (414 -

415)).

المذكرة الإيضاحية:

1 - هذا استثناء بالغ الأهمية من القاعدة، ذلك أنه يجعل الإثبات بالشهادة جائزًا إذا جاوزت القيمة مبلغ عشرين جنيهًا، ووجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وبذلك يكمل ما يعتور الدليل المستخلص من هذا المبدأ من نقص وقصور.

وينهض لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعىٰ بها قريبة الاحتمال. ويعتبر هذا الوجه ضمانًا كافيًا للحد من الأخطار التي تكتنف الإثبات بالشهادة، ثم إن الشهادة لا تكون في هذه الحالة إلا دليلًا مكملًا أو متممًا.

أما فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذا النص، فليس من شك في أنه لا يسري حيث تكون الكتابة شرطًا من شروط صحة الالتزام يترتب البطلان علىٰ تخلفه، ولو كانت القيمة أقل من عشرين جنيهًا، كما هو شأنه في المحررات الرسمية، ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون في هذه الحالة مجرد دليل فحسب، بل تعتبر ركنًا أو شرطًا من شروط الصحة الموضوعية، علىٰ أن الخلاف قد أثير في الفقه بصدد الالتزامات التي يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص علىٰ البطلان ولا سيما بالنسبة للإيجار، والرأي أن الالتزام يترتب صحيحًا في هذه الحالة، ولكن لا يمكن إثباته إلا بالإقرار أو اليمين؛ لأن الشهادة قد استبعدت صراحة بالنص، فليس يجوز العود إليها من طريق غير مباشر بالالتجاء إلىٰ مبدأ الثبوت بالكتابة.

☐- **ويشترط لتوافر مقومات مبدأ الثبوت بالكتابة:**

(أ) أن يكون ثمة محرر.

(ب) وأن يكون هذا المحرر صادرًا ممن يحتج به عليه.

(ج) وأن يكون من شأنه أن يجعل الالتزام المدعىٰ به قريب الاحتمال.

فالشرط الأول وهو وجود كتابة أو محرر عام الدلالة، فلفظ الكتابة يصرف إلىٰ أوسع معانيه، فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع، ولذلك استعمل النص عبارة: «كل كتابة» وقد تكون هذه الكتابة سندًا أو مذكرة شخصية أو

مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعًا أو غير ذلك.

والشرط الثاني هو صدور المحرر من الخصم الذي يحتج عليه به لا من أحد الأغيار. بيد أن المحرر يعتبر صادرًا من مثل هذا الخصم ولو كان صادرًا من غيره، متىٰ كان هذا الغير مستخلفًا تسري التزاماته علىٰ من يخلفونه خلافة عامة (كالورثة) وفقًا للقواعد العامة، أو نائبًا قانونيًّا أو اتفاقيًّا، يعمل في حدود نيابته؛ لأن كتابة الموكل تكون حجة علىٰ الوكيل والعكس، ولذلك استعمل النص عبارة الخصم أو نائبه وفقًا لما جرىٰ عليه القضاء المصري.

أما الشرط الثالث وهو جعل الالتزام المدعىٰ به قريب الاحتمال، فتقديره موكول إلىٰ القاضي، ويراعىٰ أن هذا الشرط جوهري إذ ينبغي أن يكون حلقة الاتصال بين الكتابة والالتزام المدعىٰ به، وينبغي أن يدل علىٰ أن هذا الالتزام ليس مجردًا من الأساس تجريدًا تامًّا.

فبهذا الوضع فحسب يجوز أن تكمل الكتابة بالبينة فتصبح دليلًا مقبولًا، مع أنها بمجردها تكون قاصرة غير مغنية في الإثبات، ومن أمثلة الأوراق التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المثبتة لبدء التنفيذ، أو للوفاء بالإيرادات.

3- علىٰ أن الفقه والقضاء في مصر قد استقرا علىٰ أن إقرارات الخصوم التي يدلون بها وتدون تحت إشراف موظف مختص، أو قاضٍ يأمر بإثباتها - يكون حكمها حكم المحررات الصادرة منهم، ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعًا عليها منهم. ويتعين بداهة في هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصًّا بتلقي مثل هذه الإقرارات، وأن يكون للقاضي ولاية الأمر بإثباتها. وغني عن البيان أن ما يصدر من الخصوم من إقرارات علىٰ هذا الوجه يكون بمنزلة مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان من شأنه أن يجعل الالتزام المدعىٰ به قريب الاحتمال. وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات في هذا الصدد، فمن ذلك مثلًا الإقرارات التي يدلىٰ بها في محضر جرد أو حصر تركة أو مناقصة أو قسمة، والبيانات التي تدون في ورقة من أوراق المحضرين، والإقرارات التي تصدر في استجواب عن وقائع والإقرارات أو الشهادة التي يدلي بها ذوو الشأن أمام قاضي التحقيق، أو القاضي المدني أو الجنائي، وما يثبت من أقوال أو إقرارات في حكم

من الأحكام.

وقد أشارت المادة (445) - (3) من التقنين المراكشي إلىٰ هذه التطبيقات في معرض إيراد الأحكام الخاصة بمبدأ الثبوت بالكتابة، فنصت علىٰ أن الإقرارات التي يتلقاها أحد الموظفين العموميين المختصين أو القضاة في حدود ولايته - تعتبر صادرة من الخصم.

(انظر السنهوري، الوسيط، جـ (2)، البند (205) ص (412) وما بعدها).

(مادة 44):

يجوز سماع الشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

(أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول علىٰ دليل كتابي.

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه.

(م (63) إثبات مصري، و م (403) مدني مصري، و م (13) (3) إثبات سوداني، و م (491) مدني عراقي وقد اقتصر فيها في الفقرة الأولىٰ علىٰ المانع المادي وأضيف: «ويعتبر مانعًا ماديًّا ألا يوجد من يستطيع كتابة السند». وبدلًا من المانع الأدبي الوارد في الفقرة (أ) نص في الفقرة (ب): «إذا كان العقد مبرمًا ما بين الزوجين، أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلىٰ الدرجة الرابعة أو بين الزوجين وأبوي الزوج الآخر»، فحصر الموانع الأدبية في الزوجية والقرابة والفقرة (جـ) منها تطابق الفقرة (ب) من هذه المادة)، و(57) بينات سوري ونصها: «يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتىٰ لو كان المطلوب تزيد قيمته علىٰ مائة ليرة:

(أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول علىٰ دليل كتابي.

ويعتبر مانعًا ماديًّا أن لا يوجد من يستطيع كتابة السند، أو أن يكون طالب الإثبات شخصًا ثالثًا لم يكن طرفًا في العقد. وتعتبر مانعًا أدبيًّا القرابة بين الزوجين، أو ما بين الأصول والفروع، أو ما بين الحواشي إلىٰ الدرجة الثالثة، أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر.

(ب) إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه.

(ج) إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب.

المذكرة الإيضاحية:

- تبين هذه المادة استثناءين يجوز فيهما الإثبات بالشهادة فيما يجاوز عشرين جنيهًا، كما يجوز نقض الثابت بالكتابة والإضافة إليه. والشهادة هنا لا تكمل الدليل الكتابي بل تحل محله بعد أن فقد أو استحال تحصيله.

والواقع أن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول علىٰ الدليل الكتابي، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك، تحتم الاستثناء؛ إذ لا قبل لأحد بالمستحيل.

ويراعىٰ من ناحية أخرىٰ أن هذا النص يرمي إلىٰ استبدال الشهادة بالدليل الكتابي، فهو والحال هذه لا يطبق حيث تكون الكتابة شرطًا يترتب علىٰ تخلفه بطلان التصرف، بل يطبق في الأحوال الخاصة التي يتطلب فيها القانون الدليل الكتابي للإثبات، ولو كانت القيمة أقل من عشرين جنيهًا.

1 - الاستثناء الأول:

وحالة الاستثناء الأولىٰ هي حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول علىٰ دليل كتابي لإثبات التصرف القانوني، ويلاحظ فيما يتعلق بالعبارة التي أفرغ فيها الاستثناء أنها عامة وغير مقصورة علىٰ الدائن.

فهذا الاستثناء يسري علىٰ جميع الالتزامات التي يتعين إثباتها أمام القضاء بالكتابة، إذا كان قد امتنع علىٰ الدائن أو المدين الذي يقع عليه عبء الإثبات أن يحصل علىٰ دليل كتابي. ولذلك أفرغ المشروع هذا الحكم في عبارة عامة.

أما فيما يتعلق بخصائص الاستحالة فيراعىٰ أن الاستثناء يرد علىٰ قاعدة حظر سماع الإثبات بالشهادة، وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية، دون الوقائع القانونية. ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق إلا علىٰ التصرفات القانونية وهي التي تنفرد بوجوب استعمال الكتابة في إثباتها. ويتفرع علىٰ هذا ما يأتي:

(أ) أن استحالة الحصول علىٰ دليل كتابي في هذه الحالة ليست مطلقة بل هي نسبية عارضة.

(ب) أن الاستحالة لا ترجع إلىٰ طبيعة الواقع، بل ترجع إلىٰ الظروف الخاصة التي

انعقد فيها التصرف.

(ج) أن الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التي يمتنع فيها علىٰ وجه الإطلاق الحصول علىٰ دليل كتابي.

أما فيما يتعلق بطبيعة الاستحالة فقد صرح النص بأنها إما أن تكون مادية وإما أن تكون معنوية، وتفترض الاستحالة المادية أن التصرف القانوني نشأ في ظروف لم يكن لذي الشأن فيها فسحة من الوقت، أو وسيلة للحصول علىٰ دليل كتابي، ومن قبيل ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الكوارث، أو الحوادث المفاجئة، أو النكبات، أو الحرائق، أو حوادث الغرق.

وإذا كان القاضي هو المرجع في تقدير الظروف المانعة إلا أن من واجبه أن يبين هذه الظروف عند تسبيبه الاستحالة المادية، أما الاستحالة المعنوية التي تحول دون الحصول علىٰ كتابة، فلا ترجع إلىٰ ظروف مادية، بل ترجع إلىٰ ظروف نفسية تتصل بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف، ومرجع الأمر في تقدير هذه الاستحالة مع ما ينطوي في هذا التقدير من دقة – هو القاضي، ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره.

وتختلف التطبيقات القضائية في هذا الشأن باختلاف ما يتواضع عليه الناس من الناحيتين الخلقية والاجتماعية في البلاد، ولذلك كانت صلة الاستحالة المعنوية بالسنن الجارية والعرف والتقاليد جد وثيقة. فعرف البلد هو المعيار الذي يعتد به القاضي في تقديره، متىٰ كان هذا العرف مستقرًّا مقطوعًا بوجوده، وبديهي أنه ليس يسوغ الاجتزاء في هذا الصدد بأوامر الصداقة أو مقتضيات اللياقة بمجردها. ومن بين ما يمكن أن يساق من أمثلة الاستحالة المعنوية صلة القرابة الوثيقة، ومركز الطبيب؛ إذ يمتنع عليه أدبيًّا أن يطالب بدليل كتابي، ومركز العميل الشخصي وفقًا لعرف البلد، وصلة العميل بالحانك وفقًا للعرف الجاري، وطبيعة التعاقد في المطاعم والأسواق وإجارة الخدم.

2- الاستثناء الثاني:

يفترض الاستثناء الثاني أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابي قد روعيت، بيد أن الإثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل، ولكن يشترط في هذه الحالة أن يكون

هذا الفقد راجعًا إلىٰ سبب لا يد للمدعي فيه، ومؤدىٰ هذا أن يكون الفقد قد نشأ من جراء حادث جبري أو قوة قاهرة، وترد علة هذا الشرط إلىٰ الرغبة في استبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعي الدليل (كإعدام الورقة مثلًا) لقطع السبيل علىٰ التواطؤ مع الشهود، وبذلك لا يكون للمدعي أن يتمسك بأي سبب يرجع إلىٰ فعله، ولو كان هذا الفعل مجرد إهمال أو تراخٍ.

وغني عن البيان أن نطاق تطبيق هذا الاستثناء أرحب من نطاق سابقه؛ لأن الدليل الكتابي سبق أن وجد، وليست المسألة امتناع تحصيل هذا الدليل بل امتناع تقديمه. ولذلك تجوز إقامة الدليل بالشهادة علىٰ وجود سند وصية أو عقد شكلي فقد من جراء حادث جبري أو قوة قاهرة.

أما فيما يتعلق بالدليل علىٰ الفقد، فيقع عبء إقامته علىٰ المدعي مبدئيًّا، فمن واجبه فضلًا عن إثبات الحادث الجبري أو القوة القاهرة أن يقيم الدليل علىٰ سبق وجود المحرر ومضمونه وعلىٰ مراعاة شروط الصحة التي يتطلب القانون توافرها فيه، إن كان هذا المحرر من قبيل المحررات الشكلية، فإذا تم ذلك للمدعي كان له أن يثبت ما يدعي بالشهادة.

3 – **استثناء ثالث:**

وهناك استثناء ثالث رئي عدم النص عليه، وهو حالة ما إذا طعن في العقد بأن له سببًا غير مشروع، ذلك لأنه يفترض توافر ضرب من ضروب الغش. ومن المعلوم أن الغش يجوز إثباته علىٰ وجه الدوام بالشهادة، وإزاء ذلك لا يوجد ما يدعو إلىٰ إفراد هذا الاستثناء هنا بحكم خاص.

(مادة 45): الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلىٰ علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني، ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها، ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم في الشهادة بناءً علىٰ طلب المحكمة أو أحد الخصوم.

(م (65) إثبات مصري، و(206) مرافعات قديم).

المذكرة الإيضاحية:

الحكم الوارد في هذه المادة قصد به حماية أسرار الدولة.

(مادة 46): لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم، من طريق مهنته أو صنعته، بواقعة أو بمعلومات - أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصودًا به ارتكاب جناية أو جنحة.
ومع ذلك يجب علىٰ الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة علىٰ تلك الواقعة أو المعلومات، متىٰ طلب منهم ذلك من أسرها إليهم، علىٰ ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم.

(م (66) إثبات مصري، و(207) - (208) مرافعات قديم).

المذكرة الإيضاحية:

قصد بهذا الحكم حماية أسرار المهنة.

(مادة 47): لا يجوز لأحد الزوجين أن يفضي بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية، ولو بعد انفصالها، إلا في حالة رفع دعوىٰ من أحدهما علىٰ الآخر، أو إقامة دعوىٰ علىٰ أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه علىٰ الآخر.

(م (67) إثبات مصري و(209) مرافعات قديم).

المذكرة الإيضاحية:

قصد بهذا الحكم حماية أسرار الزوجية ولم يرد مده إلىٰ حالة الخطبة.

(مادة 48): علىٰ الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو شفاهًا في الجلسة، وعدد شهوده وأسماءهم.

(م (68) إثبات مصري، و(68) بينات سوري وأضافت: «وأن يسمي شهوده علىٰ أن لا يتجاوز عددهم الخمسة في الواقعة الواحدة، إلا إذا أجازت له المحكمة ذلك».

المذكرة الإيضاحية:

أريد بهذا النص أن يبين طالب الإثبات بالشهود وقائع الدعوىٰ التي يريد إثباتها؛ وذلك لتتضح الوقائع غير المتنازع فيها، والوقائع التي لا يجوز إثباتها بالبينة والوقائع التي قد تكفي ظروف الدعوىٰ الأخرىٰ في إثباتها دون حاجة لإجراء تحقيق، والوقائع التي لا يثمر إثباتها في الدعوىٰ، والوقائع غير المتعلقة بالدعوىٰ.

ويكون طلب الإثبات بشهادة الشهود في أية حالة كانت عليها الدعوىٰ ولو أمام محكمة ثاني درجة، وقد رئي اقتداءً بقانون البينات السوري، واتساقًا مع حكم المادة التالية (50) من هذا القانون - وجوب أن يبين طالب الإثبات عدد شهوده وأسماءهم.

(مادة 49): إذا قال المدعي: ليس لي شاهد أصلًا. ثم أراد أن يأتي بشهود، أو قال ليس لي شاهد سوىٰ فلان وفلان. ثم قال: لي شاهد آخر. لا يقبل قوله الأخير.

(م (1753) من المجلة).

المذكرة الإيضاحية:

قصد بهذا النص منع الدعاوىٰ الكيدية والباطلة، وحض المدعي علىٰ تحضير بينته كاملة قبل رفع الدعوىٰ.

وليس للمدعي أن يطلب الاستشهاد بشهود بعد أن نفىٰ أن له شهودًا، ولا أن يزيد في عددهم بعد تحديدهم وبيانهم.

(مادة 50): الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائمًا أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق.

(م (69) إثبات مصري، م (58) بينات سوري، و م (6) إثبات سوداني وهي عامة ونصها: «الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة معينة يقتضي دائمًا أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها»، و م (186) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها: «إذا قدم أحد الخصوم بينة لإثبات واقعة، كان للخصم الآخر الحق دائمًا في إثبات عدم صحة تلك الواقعة بكافة طرق الإثبات. وتتبع جميع إجراءات الإثبات في حق الخصوم علىٰ

السواء»).

المذكرة الإيضاحية:

يقتضي الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بالشهادة أيضًا سواء نص علىٰ ذلك في الحكم الصادر بالشهادة أو لم ينص؛ لأن ذلك يعتبر من مقتضيات حق الدفاع. ولكن ذلك يقتصر علىٰ نفي الوقائع المأمور بإثباتها ولا يبيح للخصم أن يثبت غيرها من الوقائع بشهادة الشهود. فإذا حكمت المحكمة في دعوىٰ بطلب دين هو ثمن أشياء مبيعة بالإذن للمدعي بإثبات واقعة البيع بالشهادة، فإنه يكون للمدعىٰ عليه أن ينفي هذه الواقعة بالشهادة، ولكن لا يكون له أن يثبت براءة ذمته بالوفاء بشهادة الشهود. فإن أراد ذلك كان عليه أن يطلب من المحكمة الإذن له بذلك وأن يستصدر حكمًا به. وإذا أذنت المحكمة للمدعي بإثبات الواقعة التي يزعم أنها أنشأت الدين المطلوب كان للمدعي نفي تلك الواقعة ولكن ليس له أن يثبت بموجب هذا الحكم انقضاء الدين، بل يجب عليه إذا أراد ذلك أن يستصدر حكمًا بتحقيق الواقعة التي يزعم انقضاء الدين بها. ولا يترتب البطلان إذا أغفل الحكم الصادر بالإحالة علىٰ التحقيق السماح للخصم الآخر في نفي ما يثبته خصمه، كما أن هذا الإغفال لا يسقط حقه في إعلان شهود النفي وسماعهم. وإذا أذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود، ولم يمكن الخصم الآخر من نفيها بهذا الطريق - كانت الإجراءات باطلة.

(مادة 51): للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متىٰ رأت في ذلك فائدة للحقيقة. كما يكون لها في جميع الأحوال، كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعي للشهادة من ترىٰ لزومًا لسماع شهادته إظهارًا للحقيقة.

(م (70) إثبات مصري، و م (49) إثبات سوداني، و(70) بينات سوري وقد اكتفت بالفقرة الأولىٰ، وانظر م (60) - (1) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

هذا النص يتيح للقاضي استدعاء من يرىٰ سماع شهادته إظهارًا للحقيقة، ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم توكيدًا للدور الإيجابي للقاضي ومنحه مزيدًا من الفاعلية في توجيه الدعوىٰ في إحدىٰ مراحلها الهامة، حتىٰ يتمكن من تحري الحقيقة واستخلاصها نقية مما يغلفها من مسلك الخصوم، حسبما تمليه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة في الإثبات.

وأضيفت الفقرة الثانية في قانون الإثبات المصري الحالي إذ لم تكن في قانون المرافعات القديم م (190)، وهي في حقيقتها توضيح أكثر منها إضافة؛ لأن الفقرة الأولىٰ تتسع لمعنىٰ الفقرة الثانية، والفكرة هي تمكين القاضي من الهيمنة علىٰ الدعوىٰ والوصول إلىٰ الحقيقة فيها غير مقيد بمسلك الخصوم.

ويقصد بعبارة: «في جميع الأحوال»، الواردة في الفقرة الثانية من المادة أن يكون الأمر بالإثبات من المحكمة من تلقاء نفسها، أو بناءً علىٰ طلب الخصوم علىٰ حد سواء.

(مادة 52): يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلًا، ويبين كذلك في الحكم اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذي يجب أن يتم فيه.

(م (71) إثبات مصري، و(71) بينات سوري وقد اقتصرت علىٰ وجوب بيان الوقائع وإلا كان باطلًا، و م (185) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد اقتصرت أيضًا علىٰ وجوب بيان الوقائع المراد إثباتها دون ذكر للبطلان).

المذكرة الإيضاحية:

توجب هذه المادة أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بالشهود كل واقعة من الوقائع المطلوب إثباتها، وإلا كان العمل باطلًا؛ وذلك لأن الإثبات بشهادة الشهود يقوم علىٰ ركنين: تعلق الوقائع المراد إثباتها بالدعوىٰ، وكونها منتجة فيها. ومقتضىٰ هذا أن تكون تلك الوقائع مبينة بالدقة والضبط لينحصر فيها التحقيق، وليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته أو بنفيه.

ولتفادي نوم القضية بسبب إحالتها علىٰ التحقيق، أوجبت هذه المادة أن يحدد

الحكم الصادر به الجلسة التي يبدأ فيها والميعاد الذي يجب أن يتم فيه.

(**مادة 53**): يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها - عند الاقتضاء - أن تندب أحد قضاتها لإجرائه.

(م (72) إثبات مصري، وانظر من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية م (174) و(182)، (183) و(184) و(188) و(190)، وانظر م (75) بينات سوري، و م (58) - (2) إثبات سوداني).

(**مادة 54**): يستمر التحقيق إلىٰ أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد، ويجري سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي سمع فيها شهود الإثبات، إلا إذا حال دون ذلك مانع.

وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرىٰ كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرًا من الشهود بالحضور في تلك الجلسة إلا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضي صراحة من الحضور.

(م (73) إثبات مصري).

(**مادة 55**): إذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق مد الميعاد - حكمت المحكمة أو القاضي المنتدب علىٰ الفور في الطلب بقرار يثبت في محضر الجلسة. وإذا رفض القاضي مد الميعاد، جاز التظلم إلىٰ المحكمة بناءً علىٰ طلب شفوي يثبت في محضر التحقيق، وتحكم فيه المحكمة علىٰ وجه السرعة، ولا يجوز الطعن بأي طريق في قرار المحكمة.

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضي المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة.

(م (74) إثبات مصري).

(**مادة 56**): لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناءً علىٰ طلب الخصوم.

(م (75) إثبات مصري).

(**مادة 57**): إذا لم يحضر الخصم شاهده، أو لم يكلفه بالحضور في الجلسة المحددة، قررت المحكمة أو القاضي المنتدب إلزامه بإحضاره أو بتكليفه الحضور لجلسة أخرىٰ، ما دام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينقض، فإذا لم يفعل سقط الحق في الاستشهاد به.

ولا يخل هذا بأي جزاء آخر يرتبه القانون علىٰ هذا التأخير.

(م (76) إثبات مصري).

(**مادة 58**): إذا رفض الشهود الحضور إجابة لدعوة الخصم أو المحكمة، وجب علىٰ الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال - تكليفهم الحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة علىٰ الأقل عدا مواعيد المسافة.

ويجوز في أحوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد الحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضي المنتدب.

(م (77) إثبات مصري، وانظر م (173) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها: «إذا امتنع الشهود عن الحضور بمجرد طلب الخصم ذلك منهم - وجب تكليفهم بالحضور علىٰ يد محضر أو أحد رجال الضبط بميعاد يوم واحد مقدمًا غير مواعيد المسافة المبينة بالمادة (53) من هذه اللائحة. فإذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور علىٰ الوجه المعتبر قانونًا يحكم عليه بغرامة قدرها مائة قرش أميري. وإذا اقتضىٰ الحال حضوره يكلف ثانيًا بالحضور وعليه مصاريف ذلك التكليف...».

و م (74) **بينات سوري ونصها:**

«1 - إذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور علىٰ الوجه المقرر في القانون، فللمحكمة أن تحكم عليه حكمًا مبرمًا بغرامة من خمس إلىٰ عشر ليرات سورية، وأن تقرر إحضاره جبراً.

2- إذا أثبت الشاهد أن تخلفه كان راجعًا إلىٰ عذر مقبول، جاز للمحكمة أن تعفيه من أداء الغرامة كلها أو بعضها».

و م (63) إثبات سوداني، ونصها:

«1 - إذا كلف الشاهد بالحضور تكليفًا صحيحًا ولم يحضر، جاز للمحكمة أن تأمر بضبطه وإحضاره.

2- للمحكمة بدلًا من إصدار أمر بضبط وإحضار الشاهد - أن تأمر بإعادة تكليفه الحضور، ولها في هذه الحالة الحكم عليه بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات. ويثبت الحكم في محضر الجلسة، ولا يكون قابلًا لأي طعن، ولكن للمحكمة إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدىٰ عذرًا مقبولًا»).

(مادة 59): إذا كلف الشاهد الحضور تكليفًا صحيحًا ولم يحضر - حكمت عليه المحكمة أو القاضي المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرش، ويثبت الحكم في المحضر، ولا يكون قابلًا للطعن. وفي أحوال الاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضي أمرًا بإحضار الشاهد.

وفي غير هذه الأحوال يؤمر بإعادة تكليف الشاهد الحضور إذا كان لذلك مقتضًىٰ وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف. فإذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة، ويجوز للمحكمة أو القاضي إصدار أمر آخر بإحضاره.

(م (78) إثبات مصري، وانظر م (173) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وقد سبق إيراد نصها تحت المادة السابقة، و م (74) بينات سوري).

(مادة 60): يجوز للمحكمة أو القاضي المنتدب إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدىٰ عذرًا مقبولًا.

(م (79) إثبات مصري، و(173) - (4) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(74) - (2) بينات سوري، و م (63) إثبات سوداني).

(مادة 61): إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني من أداء اليمين أو من الإجابة -

حكم عليه طبقًا للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات.

(م (80) إثبات مصري، و(173) - (3) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(78) بينات سوري، و(64) إثبات سوداني).

(مادة 62): إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب لسماع أقواله، فإذا كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك، ويدعىٰ الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة، ويحرر محضر بها يوقعه القاضي المنتدب والكاتب.

(م (81) إثبات مصري، و(190) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(75) بينات سوري، و(65) إثبات سوداني وفيها إضافة: «ويمنح من لم يحضر منهم (من الخصوم) فرصة مناقشة أقوال الشاهد. 2- للخصوم أن يقدموا إلىٰ المحكمة مذكرات مكتوبة عن الوقائع التي يرغبون في سؤال الشاهد فيها، إذا فوضت محكمة أخرىٰ في سؤاله».

ونص في المادة (183) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «للمشهود عليه أن يبين للقاضي ما يخل بشهادة الشاهد شرعًا، وكذلك له أن يوجه إلىٰ الشهود بواسطة رئيس الجلسة الأسئلة التي يرىٰ لزوم سؤالهم عنها، وعلىٰ الرئيس أن يوجه تلك الأسئلة إلا إذا رأت المحكمة أنها غير مفيدة، فتقرر رفضها مع تدوين ذلك كله بالمحضر»).

(مادة 63): لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريبًا أو صهرًا لأحد الخصوم، إلا أن يكون غير قادر علىٰ التمييز بسبب هرم، أو حداثة، أو مرض، أو لأي سبب آخر.

(م (82) إثبات مصري، و(54) إثبات سوداني مع التعبير بالاعتراض بدلًا من الرد، ففيها: «لا يجوز الاعتراض علىٰ سماع الشاهد...»).

المذكرة الإيضاحية:

رئي عدم الأخذ في المشروع برد الشاهد للقرابة مهما بلغت درجتها، إلا في الحالات المبينة بالمادة، وتقدير ما إذا كان الشاهد قادرًا علىٰ التمييز أم لا - متروك

للمحكمة.

(مادة 64): من لا قدرة له علىٰ الكلام يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة.

(م (83) إثبات مصري، و(83) بينات سوري، وعجز (58) – (2) إثبات سوداني).

(مادة 65): يؤدي كل شاهد شهادته علىٰ انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم.

(م (84) إثبات مصري، وصدر م (174) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وصدر م (77) بينات سوري، و(58) – (1) إثبات سوداني).

(مادة 66): علىٰ الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه، وأن يبين قرابته أو مصاهرته، ودرجتها، إن كان قريبًا أو صهرًا لأحد الخصوم، ويبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم.

(م (85) إثبات مصري، و م (147) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و(77) – (1) بينات سوري، و(56) إثبات سوداني).

(مادة 67): يحلف الشاهد بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق، قبل أداء شهادته، وإلا كانت باطلة، ويكون الحلف علىٰ حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك.

ولا يشترط شكل خاص في أداء الشهادة ولا في قبولها.

ويكفي تعيين المشهود به تعيينًا نافيًا للجهالة.

(م (493) مدني عراقي، وتقابل م (1684) و(1689) من المجلة، و م (86) إثبات مصري، و(174) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها: «... وبعد أن يحلفه اليمين الشرعية، ولا يشترط في شهادة الاستكشاف تحليف اليمين بل يكفي فيها مجرد الإخبار عمن يوثق به».

و(77) – (3) **بينات سوري**: «ويجب أن يؤدي الشاهد قبل الإدلاء بالشهادة يمينًا بأن يقول الحق، ويستثنىٰ من ذلك من تسمع شهادتهم علىٰ سبيل الاستئناس؛ وفقًا لأحكام المادة (59)».

إثبات سوداني، ونصها: «يجب علىٰ الشاهد قبل أن يدلي بأقواله أن يحلف يمينًا، أو أن يعلن صادقًا بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق، ويكون الحلف علىٰ حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك»).

المذكرة الإيضاحية:

هل يشترط تحليف الشهود؟ اختلف الفقهاء في اشتراط أداء الشاهد اليمين الشرعية قبل أداء شهادته، فمنهم من يرىٰ جواز ذلك، وقيل: لا. وقيل: يجوز عند التهمة. وقد اختارت المجلة العدلية تحليف الشاهد بشرطين: **أولهما**: إلحاح المدعىٰ عليه علىٰ القاضي بتحليف الشاهد. **والثاني**: أن يكون هناك داعٍ لتقوية الشهادة باليمين، ونص المادة (1727) منها كما يلي:

«إذا ألح المشهود عليه علىٰ الحاكم بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين، وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين – فللحاكم أن يحلف الشهود، وله أن يقول لهم : إن حلفتم قبلت شهادتكم، وإلا فلا».

وقد نصت المادة (174) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أنه: «متىٰ حضر الشهود بين يدي القاضي سمع شهادة كل منهم علىٰ انفراد، بعد أن يسأله عن اسمه، ولقبه، وصنعته (يريد صناعته) أو وظيفته، ومحله، ونسبه، وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة، أو الاستخدام أو غيرها – وبعد أن يحلفه اليمين الشرعية. ولا يشترط في شهادة الاستكشاف تحليف اليمين بل يكفي فيها مجرد الإخبار ممن يوثق به ». والمقصود بشهادة الاستكشاف أو الاستفسار الشهادة التي هي من قبيل الإخبار المحض، كأقوال أهل الخبرة والمخبرين بيسار الزوج لتقدير النفقة عليه لزوجته، وأجرة الحضانة، والرضاع، والمسكن، ولا يشترط فيها لفظ «أشهد». إذ كل ذلك من قبيل الإعلام، وإظهار الحال، وإعانة القاضي.

(أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (313) و(314) – (316). وانظر المادة

(179) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

وقد نص في المادة (86) من قانون الإثبات المصري (م (212) مرافعات قديم) أنه: «علىٰ الشاهد أن يحلف يمينًا بأن يقول الحق ولا يقول إلا الحق، وإلا كانت شهادته باطلة. ويكون الحلف علىٰ حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك».

ونص في المادة (57) من قانون الإثبات السوداني أنه: «يجب علىٰ الشاهد قبل أن يدلي بأقواله أن يحلف يمينًا، أو أن يعلن صادقًا بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق، ويكون الحلف علىٰ حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك».

ونص في المادة (77) - (3) من قانون البينات السوري: «ويجب أن يؤدي الشاهد - قبل الأداء بالشهادة - يمينًا بأن يقول الحق، ويستثنىٰ من ذلك من تسمع شهادتهم علىٰ سبيل الاستئناس وفقًا لأحكام المادة (59)».

وتكون صيغة اليمين هي: «أحلف بالله بأن أشهد الحق «أو» أحلف بأن أقول الحق كله، ولا أقول غير الحق «وكلمة» «أحلف» تعني الحلف بالله. وللقاضي أن يطلب من الشاهد ذكر لفظ الجلالة في صيغة الحلف (اليمين)، وللقاضي أن يغلظ الشهادة باللفظ والمكان والزمان، كأن يذكر أوصاف الله الداعية لتخويف الشاهد كأن يقول: «أحلف بالله الذي لا إله إلا هو المنتقم الجبار».

(راجع الشوكاني، نيل الأوطار، جزء (8) ص (257)).

(مادة 68): يكون توجيه الأسئلة إلىٰ الشاهد من المحكمة أو القاضي المنتدب.
ويجيب الشاهد أولًا عن أسئلة الخصم الذي استشهد به، ثم عن أسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة.

(م (87) إثبات مصري، و(182) - (183) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(79) - (2) و(80) بينات سوري، و(59) - (1) إثبات سوداني).

(مادة 69): إذا انتهىٰ الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن المحكمة أو القاضي.

((88) إثبات مصري، و(59) – (2) إثبات سوداني).

(**مادة 70**): لرئيس الجلسة أو لأي من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيدًا في كشف الحقيقة.

(م (89) إثبات مصري، و(176) و(182) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(79) – (2) بينات سوري: «وللرئيس من تلقاء نفسه أو بناءً علىٰ طلب قضاة المحكمة أو الخصم – أن يوجه إلىٰ الشاهد ما يرىٰ من أسئلة، وله أن يواجهه بشهود آخرين». و(59) – (3) إثبات سوداني).

(**مادة 71**): تؤدىٰ الشهادة شفاهًا، ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب، وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوىٰ.

(م (90) إثبات مصري، و(82) بينات سوري، و(58) – (2) و(3) إثبات سوداني).

(**مادة 72**): تثبت إجابات الشهود في المحضر ثم تتلىٰ علىٰ الشاهد، ويوقعها بعد تصحيح ما يرىٰ لزوم تصحيحه منها، وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك، وسببه في المحضر.

(م (91) إثبات مصري، و(188) – (189) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(84) – (1) بينات سوري ونصها: «تثبت إجابات الشاهد في محضر الجلسة بصيغة المتكلم دون تغيير فيها، ثم تتلىٰ هذه الأقوال علىٰ من صدرت عنه وله أن يدخل عليها ما يرىٰ من تعديل ويذكر التعديل عقب نص الشهادة».

و(61) إثبات سوداني، ونصها: «تثبت إجابات الشهود في المحضر، وتتلىٰ بناءً علىٰ طلب الشاهد أو أحد الخصوم».

(**مادة 73**): 1- للمحكمة – إذا طلب الخصم تكليف شاهد الحضور لتأدية الشهادة – أن

تأمره بأن يودع خزانة المحكمة ما تقدره المحكمة للوفاء بمصروفات ذلك الشاهد قبل أن تأمر بتكليفه الحضور.

2- وتقدر المحكمة مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناءً على طلبهم، ويتقاضون ما يقدر لهم من المبلغ الذي أودع خزانة المحكمة وفقًا للفقرة السابقة.

3- ويعفى الخصم من إيداع المبلغ المتقدم بيانه في الفقرة الأولى إذا تعهد بأن يحضر الشهود بنفسه.

(م (92) إثبات مصري، ونصها: «تقدر مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناءً على طلبهم، ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذي استدعاه». و(85) بينات سوري: «تقدر المحكمة نفقات الشهود بناءً على طلبهم، ويتقاضون ما يقدر لهم من المبلغ الذي أودع لحساب النفقات».

وانظر م (69) بينات سوري، ونصها: «1- إذا رأت المحكمة أن الوقائع المطلوب إثباتها منتجة وجائز إثباتها بشهادة الشهود - قررت استماعهم، وعينت المبلغ الذي يجب على طالب الإثبات إيداعه في ديوان المحكمة لحساب نفقات الشهود. 2- ويعفى الخصم من إيداع المبلغ المتقدم ذكره إذا تعهد بأن يحضر الشهود بنفسه».

و(62) إثبات سوداني، ونصها: 1- للمحكمة إذا طلب الخصم تكليف شاهد الحضور لتأدية الشهادة أن تأمره بأن يودع خزانة المحكمة ما يكفي للوفاء بمصروفات ذلك الشاهد قبل أن تأمر بتكليفه الحضور. 2- تقدر المحكمة مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم لمن يطلبها منهم، وتلزم بها الخصم الذي استدعى الشاهد.

المذكرة الإيضاحية:

رئي النص على أن المحكمة تقدر بادئ ذي بدء نفقات الشهود ومقابل تعطيلهم، وتأمر من طلب تكليفهم بالشهادة بأن يودع خزانة المحكمة المبلغ الكافي لأداء هذه النفقات، وذلك تشجيعًا للشهود على الحضور لأداء الشهادة، وتيسيرًا لهم في صرف هذه النفقات، وقد ترك للمحكمة أيضًا تقدير نفقات الشهود ومقابل تعطيلهم حسب الأحوال. وذلك أسوة بالخبراء (انظر المادة (155) من هذا المشروع).

وقد أخذ هذا الحكم من قانون البينات السوري، وقانون الإثبات السوداني.

(مادة 74):

يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية:

(أ) يوم التحقيق، ومكان وساعة بدئه وانتهائه، مع بيان الجلسات التي استغرقها.

(ب) أسماء الخصوم، وألقابهم، وذكر حضورهم أو غيابهم، وطلباتهم.

(جـ) أسماء الشهود، وألقابهم، وصناعاتهم، وموطن كل منهم، وذكر حضورهم أو غيابهم، وما صدر بشأنهم من الأوامر.

(د) ما يبديه الشهود، وذكر تحليفهم اليمين.

(هـ) الأسئلة الموجهة إليهم، ومن تولىٰ توجيهها، وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة، ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال.

(و) توقيع الشاهد علىٰ إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها.

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك.

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضي المنتدب والكاتب.

(م (93) إثبات مصري، و(61) إثبات سوداني، و(76) - (2) بينات سوري، و(174) و(183) و(187) و(188) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

(مادة 75): إذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة، أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت في نفس الجلسة التي سمع فيها الشهود - كان للخصوم الحق في الاطلاع علىٰ محضر التحقيق.

(م (94) إثبات مصري، وانظر م (77) - (2) بينات سوري).

(مادة 76): بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه يعين القاضي المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوىٰ، ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب.

(م (95) إثبات مصري).

(**مادة 77**): إذا لم توافق الشهادة الدعوىٰ، أو لم تتوافق أقوال الشهود مع بعض – أخذت المحكمة من الشهادة بالقدر الذي تقتنع بصحته في حدود موافقة الشهادة للدعوىٰ بعد تكامل نصاب الشهادة.

(م (501) عراقي. وانظر المواد من (1706) إلىٰ (1715) من المجلة. وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (364) وما بعدها).

(**مادة 78**): يجوز لمن يخشىٰ فوات فرصة الاستشهاد بشاهد علىٰ موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء، ويحتمل عرضه عليه – أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع ذلك الشاهد.

ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلىٰ قاضي الأمور المستعجلة، وتكون مصروفاته كلها علىٰ من طلبه، وعند تحقق الضرورة يحكم القاضي بسماع الشاهد متىٰ كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود.

(م (96) إثبات مصري، و(86) بينات سوري ما عدا عبارة: «وعند تحقق الضرورة... إلخ»).

(**مادة 79**): لا يجوز في هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلىٰ القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود. ويكون للخصم الاعتراض أمامها علىٰ قبول هذا الدليل، كما يكون له طلب سماع شهود نفي لمصلحته.

(م (97) إثبات مصري، و(87) بينات سوري).

(**مادة 80**): تتبع في هذا التحقيق القواعد المتقدمة عدا ما نص عليه في المواد (51) و(54) و(55) و(56) و(76) من هذا القانون.

(م (98) إثبات مصري، و(88) بينات سوري، وليس فيها: «عدا... إلخ»).

الباب الرابع

الكتـــــابــة

أجاز المشروع الإثبات بالكتابة استنادًا إلىٰ الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تعالىٰ في سورة البقرة (الآية 282): ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ ... ﴿وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفۡعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ٢٨٢ ۞وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ عَلِيمٞ ٢٨٣﴾.

وأما السنة: فأمره ﷺ بكتب المصالحة بينه وبين قريش، ومنها كتب الأمانات، وفي الصحيح عنه ﷺ أنه قال: «**ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده**». فلو لم يجر الاعتماد علىٰ الخط لم يكن لكتابة الوصية فائدة.

وأما الإجماع: فقد حكىٰ الإمام الرازي في «المحصول» إجماع الصحابة علىٰ العمل بالخط. وأما بعد الصحابة فيدل عليه إجماعهم العقلي علىٰ الاحتجاج بذلك والعمل به في معاملاتهم.

(انظر المادة (1606) وما بعدها من المجلة).

وأما المعقول: فلأن الكتابة تحمل في الغالب إما الإقرار أو الشهادة أو هما معًا، وثابت أن كلًّا منهما طريق شرعي من طرق القضاء.

(انظر المادة (1606) وما بعدها من المجلة).

2- وقد اعتبرت المجلة الكتابة طريقًا من طرق الإثبات (راجع فيها المواد (1606) - (1612) و(1736) - (1739))، وكذا لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر الصادر بها المرسوم بقانون رقم (78) لسنة 1931 (راجع فيها المواد من (130) إلىٰ (171))، ورغم أن هذه اللائحة لم تذكر الكتابة من ضمن الأدلة الواردة في المادة (123) منها، وصدرت كلامها في الأدلة الخطية علىٰ أن الإقرار بالكتابة كالإقرار

باللسان مما يفيد اعتبار الكتابة نوعًا من الإقرار، إلا أنها في المادة (134) منها اعتبرت الأوراق الرسمية حجة علىٰ أي شخص كان، أي سواء كان موقعًا عليها أو غير موقع عليها مما لا يلزم معه دائمًا اعتبارها إقرارًا بل طريقًا مستقلًّا في بعض الأحيان.

3- وقد استعمل ولي الأمر سلطته الشرعية في تنظيم هذا الطريق من طرق الإثبات، وجعل الأوراق تنقسم من حيث قوتها في الإثبات إلىٰ قسمين: الأوراق الرسمية، والأوراق غير الرسمية. وتستند هذه التفرقة وأحكام كل، إلىٰ سلطة ولي الأمر في تقدير ما يوحي به كل من النوعين من ثقة.

4- والمواد التالية ومذكراتها الإيضاحية منقولة عن القانون المدني المصري وقانون الإثبات المصري. ولم تخرج أحكام هذه المواد في الجملة عما ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمجلة، والقوانين العربية الأخرىٰ في شأن الإثبات بالكتابة وإن كانت أكثر تفصيلًا. وقد اختير هذا المسلك حرصًا علىٰ استقرار التعامل فيما يوافق الشريعة الإسلامية.

❋ ❋ ❋

الفصل الأول
المحررات الرسمية

(مادة 81):

1 – المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة – ما تم علىٰ يديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقًا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

2 – فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متىٰ كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم، أو بأختامهم، أو ببصمات أصابعهم.

(م (390) مدني مصري، و(10) إثبات مصري، و(14) إثبات سوداني، و(5) سوري، و(1737) و(1738) و(1739) من المجلة، و م (131) و(132) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

المذكرة الإيضاحية:

تتناول الفقرة الأولىٰ من المادة بيان الشرطين الواجب توافرهما في المحرر الرسمي. ويراعىٰ أن هذين الشرطين هما قوام ما شرع القانون من ضمانات، هي مرجع ما يتوافر لذلك المحرر من حجية بالغة في الإثبات، وعلة إيكال أمرها إلىٰ موظف عام، يثبت له القانون سلطة واختصاصًا في هذا الشأن، سواء من الناحية النوعية أو من الناحية المكانية.

والواقع أن ما يولي القانون من سلطة خاصة للموظف العام – هو عماد ما يتوافر للمحرر الرسمي من قوة في الإثبات، وهو بذاته مناط العلة من هذه القوة، بيد أنه لم ير من العدل حرمان المتعاقدين من الاستناد إلىٰ الورقة، إذا كانوا قد عهدوا بأمرها إلىٰ موظف ليست له سلطة توثيقها بالنسبة إلىٰ المكان، متىٰ كانوا قد اعتقدوا خلاف ذلك ، بناءً علىٰ سبب مشروع. علىٰ أن مثل هذه الورقة لا يكون لها إلا قيمة ورقة عرفية.

ويشترط لتطبيق هذه الفقرة:

(أ) أن تكون ثمة ورقة تلقاها موظف عام له سلطة توثيقها بالنسبة إلىٰ طبيعتها (الاختصاص النوعي).

(ب) وأن يكون ذوو الشأن جميعًا قد وقعوا علىٰ هذه الورقة بإمضاءاتهم، أو بأختامهم، أو ببصمات أصابعهم. علىٰ أن هذا الحكم ليس إلا استثناء من القواعد العامة، ولذلك ينبغي تفادي التوسع في تفسيره. فهو لا ينطبق حيث يكون الموظف العام غير مختص بالنسبة إلىٰ طبيعة المحرر، كما لو وثق أحد المأذونين عقد بيع ، أو حيث يكون هذا الموظف قد أغفل التوقيع علىٰ المحرر لأنه يكون خلوًا - في هذه الحالة - مما يثبت أنه تلقاه، أو حيث يكون أحد المتعاقدين قد أغفل التوقيع علىٰ المحرر بإمضائه، أو ختمه ، أو بصمته. وهو لا ينطبق كذلك إذا كان الموظف العام قد تدخل بوصفه طرفًا في التعاقد؛ إذ ليس من المقبول أن يتولىٰ الموظف العام ضبط محرر رسمي لنفسه. وليس للمتعاقدين في هذه الحالة أن يعتقدوا اعتقادًا مشروعًا في رسمية هذا المحرر.

(**مادة 82**): المحررات الرسمية حجة علىٰ الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونًا.

(م (391) مدني مصري، و(11) إثبات مصري، و(15) سوداني، و(6) سوري، ومن المجلة المواد (1737) و(1738) و(1739)، ومن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية م (133) و(134) و(138)).

المذكرة الإيضاحية:

1- تعرض هذه المادة لتنظيم حجية المحرر الرسمي. والجوهري في هذا الصدد أن المحرر الرسمي يكون حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها، دون حاجة إلىٰ الإقرار بها، علىٰ نقيض المحرر العرفي فهو لا يكون حجة بما فيه قبل الإقرار به. ويعتبر المحرر الرسمي حجة لا بالنسبة إلىٰ المتعاقدين وحدهم، بل بالنسبة إلىٰ الغير كذلك ،

شأنه من هذا الوجه شأن المحرر العرفي فيما عدا التاريخ. وقد نص التقنين المراكشي م (419) والتقنين المصري القديم م (226) والحالي م (391) – صراحة علىٰ هذا الحكم، وتبعها المشروع في ذلك.

أما من حيث قوة الإثبات، فتعتبر المحررات الرسمية حجة ما لم يتبين تزويرها أو لم يقم الدليل علىٰ خلال ما هو ثابت فيها.

ويراعىٰ أن الطعن بالتزوير هو طريق خاص لإثبات العكس في المحررات الرسمية، علته ما يولي القانون من ثقة لصحة الإقرارات الصادرة في حضور الموظف العام، وصحة ما يتولىٰ إثباته من البيانات التي تدخل في حدود مهمته. فإذا اقتضت مصلحة أحد من ذوي الشأن أن يقيم الدليل علىٰ عكس بيان من البيانات التي يلحق بها وصف الرسمية

– تعين عليه أن يلجأ إلىٰ طريق الطعن بالتزوير.

وقد تكفل النص بتحديد هذه البيانات فقصرها علىٰ الأمور التي يثبتها الموظف العام في حدود مهمته ، أو التي تصدر من ذوي الشأن في حضوره، وهي بهذا الوصف تتضمن:

(أ) ما يثبت الموظف العام من وقائع أو أمور، باعتبار أنه تولىٰ ضبطها بنفسه ومن قبيل هذه الوقائع أو الأمور: التاريخ، ويعتبر ثابتًا من يوم تلقي الورقة، وقبل قيدها في السجل المعد لذلك، وبيان مكان تلقي الورقة، والكتابة، وتوقيع ذوي الشأن، وتوقيع الموثق، والبيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون.

(ب) ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف ويدرك بالحس من طريق الاتصال بالسمع أو الوقوع تحت البصر، كالإقرارت أو وقائع التسليم. ويراعىٰ أن الموظف العام يثبت واقعة الإدلاء بهذه الإقرارات، دون أن يمس ذلك صحتها، فلو أقر أحد المتعاقدين أنه باع، وأقر الآخر أنه أدىٰ الثمن – أثبت الموثق هذين الإقرارين، وكان إثباته لهما دليلًا علىٰ الإدلاء بهما، لا علىٰ صحة الوقائع التي تنطوي فيهما.

ويشترط أن تكون الوقائع أو الأمور المتقدم ذكرها، مما يدخل في حدود مهمة الموثق؛ لأن إلحاق صفة الرسمية بما يثبت الموظف العام في المحرر مشروط باقتصاره

علىٰ هذه الحدود كما رسمها نص القانون، فإن جاوزها انقطعت عنه الولاية، وسقطت تبعًا لذلك قيمة ما يتولىٰ إثباته علىٰ هذا الوجه. فلو أثبت الموثق أن المتعاقد متمتع بقواه العقلية مثلًا فلا يكون لإثبات هذه الواقعة أثر في إمكان الاحتجاج بها؛ لأن إثباتها ليس مما يدخل في مهمة من يتولىٰ التوثيق.

2- وتكون إقرارات ذوي الشأن حجة علىٰ الكافة ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونًا. ويلاحظ أنه ينبغي عدم الخلط بين إثبات حصول التصرف أمام الموظف وبين صحة هذا التصرف في ذاته. فإذا قرر ذوو الشأن أمام الموظف أن أحدهما باع وأن الآخر اشترىٰ، فالمحرر الرسمي يعتبر حجة علىٰ صدور هذين الإقرارين، وإثبات الموظف لهما، بعد أن اتصلا بسمعه، إلىٰ أن يقضي فيه بالتزوير. أما حقيقة هذين الإقرارين في ذاتهما - من حيث مبلغ مطابقتهما للواقع - فلا حيلة للموثق في العلم بها وإثباتها؛ لأنها ليست مما يقع تحت حسه.

ومؤدىٰ هذا أن مجرد إثبات إقرار من الإقرارت في محرر رسمي لا يستتبع إمكان الاحتجاج بصحته الذاتية، إلىٰ أن يقضي في هذا المحرر بالتزوير. علىٰ أن مثل هذا الإقرار يعتبر صحيحًا إلىٰ أن يثبت العكس، تفريعًا علىٰ أن الأصل في الإقرارات أن تكون صحيحة، أما الصورية فهي استثناء يتعين علىٰ من يتمسك به أن يقيم الدليل عليه وفقًا للقواعد العامة في الإثبات.

وغني عن البيان أن من واجب القاضي أن يحترم المحرر الرسمي وأن يكفل نفاذه.

ولم يُر محل لإيراد نص خاص بشأن الأمر بوقف تنفيذ المحرر الرسمي الذي يطعن فيه بالتزوير بصفة أصلية أو فرعية، وبيان الهيئة المختصة بإصدار هذا الأمر. ذلك أن مثل هذا النص يتعلق بقواعد الإجراءات فمكانه الطبيعي تقنين المرافعات المدنية والتجارية في باب التنفيذ لا قانون الإثبات.

(مادة 83):

1- إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودًا فإن صورته الرسمية - خطية كانت أو فوتوغرافية - تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

2- وتعتبر الصورة مطابقة للأصل، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وفي هذه الحالة تراجع الصورة علىٰ الأصل.

(م (392) مدني مصري، و(12) إثبات مصري، و(16) - (1) و(2) سوداني، و(7) سوري).

المذكرة الإيضاحية:

1- الصورة بوجه عام هي نسخة حرفية، تنقل عن أصل ورقة من الأوراق، وتكون خلوًا من التوقيع. ولما كان الأصل من ورقة عرفية هو النسخة التي يوقع عليها ذوو الشأن، وتتوافر لها حجيتها في الإثبات تأسيسًا علىٰ هذا التوقيع، متىٰ كانت نسبتها إلىٰ الموقعين غير منكرة، لذلك لم يجعل القانون لصور الأوراق العرفية أي حجة في الإثبات؛ إذ ليس ثمة ضمان يكفل الجزم بعدم تزوير أصولها.

ويخرج بداهة من نطاق تطبيق النصوص الواردة في شأن الصورجميع المحررات التي لا تحمل توقيعًا، وإن كانت تعتبر من ضروب الأدلة الكتابية (كدفاتر التجار، والأوراق العائلية، وتأشيرات الدائن علىٰ سند الدين).

2- ويقتضي تعيين ما لصور الأوراق الرسمية من حجية في الإثبات - وجوب التفرقة بين حالة وجود الأصل، وحالة فقد هذا الأصل. ويعرض هذا النص لحكم الحالة الأولىٰ. أما الحالة الثانية فيعرض لها النص التالي:

ويراعىٰ أن النص سوىٰ في الحكم بين الصور الشمسية (الفوتوغرافية) والصور الخطية إزاء شيوع الركون إلىٰ طريقة التصوير الشمسي بالنسبة للأوراق الرسمية في مصر.

والأصل في حجية الورقة الرسمية أن تكون مقصورة علىٰ نسختها الأصلية، ويتفرع علىٰ ذلك أن الصور الخطية أو الشمسية، والصور التنفيذية والصور الأولىٰ - لا تكون بذاتها حجة في الإثبات، مع أن موظفًا عامًّا يستوثق من مطابقتها للأصل. ولهذه العلة ذكر النص علىٰ وجه التحديد أن الصور «تكون حجة بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقتها للأصل». مع مراعاة القيد الآتي:

فلذي الشأن من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة علىٰ الأصل. في مواجهة الطرف الآخر، ومؤدىٰ هذا أن مجرد إنكار مطابقة الصورة للأصل، يكفي للإلزام بتقديم الأصل، ولو لم يكن هذا الإنكار معززًا بدليل، بيد أن العمل جرىٰ علىٰ الاعتداد بحجية الصور الخطية والشمسية، واعتبارها مطابقة للأصل، متىٰ انتفت كل شبهة في حقيقة هذه المطابقة. فليست قيمة هذه الصور في الإثبات بموقوتة، أو مغياة بمجرد المنازعة في مطابقتها. علىٰ أن هذا المشروع قصد إلىٰ تلافي استغلال مجرد الإنكار في إطالة أمد الخصومات واللدد فيها، فنص علىٰ مراجعة الصورة علىٰ الأصل، وللقاضي في هذه الحال سلطة تقدير جدية الإنكار، دون أن يخل ذلك بواجبه في الاعتداد بحق من يحتج عليه بالصورة الشمسية أو الخطية في المطالبة بتقديم الأصل، فإذا انتفىٰ كل شك في أن الإنكارلا يقصد منه غير إطالة أمد النزاع - كان للقاضي أن يأمر باستحضار الأصل. وليس شك في أن من الأنسب تخويل القاضي سلطة التقدير في هذا الشأن، ولا سيما أن شيوع طريقة التصوير الشمسي يقضي علىٰ كثير من أسباب الخطأ في الصور التي تنقل بالخط أو بالآلة الكاتبة.

(مادة 84):

إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي، كانت الصورة حجة علىٰ الوجه الآتي:

(أ) يكون للصور الرسمية الأصلية - تنفيذية كانت أو غير تنفيذية - حجية الأصل، متىٰ كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

(ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها علىٰ الصورة الأصلية التي أخذت منها.

(ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية، فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعًا للظروف.

(م (393) مدني مصري، و(13) إثبات مصري، و(8) سوري).

المذكرة الإيضاحية:

1- يعرض هذا النص لحالة فقد أصل الورقة. وفي هذه الحالة يقع علىٰ من يتمسك بالصور الخطية أو الشمسية عبء إقامة الدليل علىٰ فقد الأصل. فإذا وفق إلىٰ تحصيل هذا الدليل ثبتت للصورة؛ استثناءً من أحكام القواعد العامة، حجية علىٰ التفصيل الآتي:

(أ) يكون للصور التنفيذية والصور الأولىٰ حجية الأصل، إذا صدرت هذه أو تلك من موظف عام مختص، وكان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها لأصلها.

(ب) ويكون للصور الخطية أو الشمسية المأخوذة من الصور التنفيذية، أو الصور الأولىٰ، ذات الحجية إذا صدرت من موظف عام مختص. وفي هذه الحالة يجوز للطرفين أن يطلبا إحضار الصور التنفيذية أو الصور الأولىٰ، كما يجوز للقاضي أن يأمر بإحضارها.

2- أما ما يؤخذ بعد ذلك من الصور الخطية أو الشمسية، فيكون للقاضي سلطة تقديره «تبعًا للظروف»، وتقتصر قيمته علىٰ مجرد الاستئناس. وبعبارة أخرىٰ يكون للقاضي أن يعتد بهذه الصور، ولكن باعتبارها مجرد قرائن فحسب. أما المقتطفات (المستخرجات) والصور الجزئية فللقاضي سلطة تقديرها. وغني عن البيان أن هذه المقتطفات والصور تقتصر قيمتها علىٰ الشق الذي ينقل فيها عن الأصل.

❁ ❁ ❁

الفصل الثاني
المحررات العرفية

(مادة 85): يعتبر المحرر العرفي صادرًا ممن وقعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة.

أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفي أن يحلف يمينًا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقىٰ عنه الحق.

ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط، أو الإمضاء، أو الختم، أو بصمة الأصبع.

(م (394) مدني مصري ما عدا الفقرة الأخيرة، و(14) إثبات مصري، و م (14609) - (1611) و(1736) من المجلة، و م (135) و(136) و م (138) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

المذكرة الإيضاحية:

1- تقرر الفقرة الأولىٰ من هذه المادة أن سكوت ذوي الشأن يعتبر في الأصل إقرارًا؛ لأن من واجب من لا يريد الاعتراف بالمحرر «أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء». فإذا أبىٰ ذو الشأن أن يعترف بنسبة الخط أو الإمضاء إليه، أو أن ينكر هذه النسبة - فيتعين اعتبار المحرر العرفي قد اعترف به حكمًا.

وغني عن البيان أن الإقرار، أو السكوت الذي يعدل الإقرار لا يتعلق إلا بالتوقيع أو الخط، وأن هذا الإقرار - صريحًا كان أو ضمنيًّا - لا يؤثر بأي حال، في أوجه الدفع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن اعترف بالمحرر العرفي في غير تحفظ أن يتمسك به.

وإذا كانت الفقرة الأولىٰ من هذه المادة تلزم من يحتج عليه بورقة عرفية بأن ينكر صراحة الخط أو الإمضاء، وإلا اعتبر سكوته بمنزلة الاعتراف - فآية ذلك أن التوقيع ينسب إليه، ويتعين عليه، تفريعًا علىٰ هذا، أن يدلي برأيه في هذه النسبة. بيد أن مركز

الورثة والخلفاء يختلف عن مركز المورث أو المستخلف نفسه؛ لأن التوقيع ينسب إليه شخصيًّا دون أولئك وهؤلاء.

2- وهذا هو ما حدا بالمشروع إلىٰ أن يحد من نطاق القاعدة المقررة في الفقرة التي تقدمت الإشارة إليها، بمقتضىٰ الحكم الوارد في الفقرة الثانية، فليس في الوسع إزاء ما يفرق هذين المركزين، إلا أن يباح للوارث أو الخلف الاكتفاء بنفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة - لمن تلقىٰ عنه حقه، دون أن يقف موقف الإنكار صراحة.

ورئي من الأنسب النص علىٰ وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها؛ درءًا لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك في استعمال الرخصة المخولة له.

وقد آثر المشروع النص علىٰ أنه يكتفىٰ من الوارث أو الخلف أن يقرر أنه لا يعلم أن الإمضاء لمورثه، دون أن يجتزئ من الوارث بنفي العلم بإمضاء مورثه. فإذا أنكرت نسبة الورقة العرفية صراحة، أو نفىٰ الوارث أو الخلف علمه بذلك - زالت عنها مؤقتًا قوتها في الإثبات، وتعين علىٰ من يريد التمسك بها أن يقيم الدليل علىٰ صحتها، باتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط. وقد جرىٰ القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم علىٰ ذلك رغم خلو ذلك القانون من نص خاص في هذا الشأن.

3- وقد أضيفت الفقرة الثالثة أخذًا من قانون الإثبات المصري، ولم تكن في القانون المدني المصري؛ سدًّا لباب الكيد والمطل، ذلك أن مناقشة موضوع المحرر يتعين لتكون جادة منتجة أن تكون وليدة الاطلاع علىٰ هذا المحرر، وهو ما يمكن من التحقق من نسبة الخط، أو الإمضاء، أو الختم، أو البصمة، لمن يشهد عليه المحرر؛ إذ إن من اليسير علىٰ هذا الأخير بمجرد هذا الاطلاع التحقق من هذه النسبة، فإذا لم ينكرها فور اطلاعها علىٰ المحرر، وخاض في مناقشة موضوعه - فإن ذلك منه إنما يفيد تسليمه بصحة تلك النسبة فإن عاد بعد ذلك إلىٰ إنكارها، وقد سارت الدعوىٰ شوطًا بعيدًا علىٰ أساس صحة المحرر - فإنما يكون ذلك منه استشعارًا لضعف مركزه في الدعوىٰ، واستغلالًا لنصوص القانون في نقل عبء الإثبات إلىٰ المتمسك بالورقة، ورغبة في الكيد والمطل، وهو ما لا يجوز تمكينه منه. غير أن مناقشة موضوع المحرر

وإن كانت تسقط حق الخصم في إنكار الخط أو الإمضاء، إلا أنه ينبغي أن تجاوز هذا الحد، فلا يسقط حق الخصم في الطعن علىٰ المحرر بالتزوير من جهة صلبه أو توقيعه.

(مادة 86):

1- لا يكون المحرر العرفي حجة علىٰ الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون للمحرر تاريخ ثابت:

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك.

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه في محرر آخر ثابت التاريخ.

(ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص.

(د) من يوم وفاة أحد ممن لهم علىٰ المحرر أثر معترف به من خط، أو إمضاء، أو ختم، أو بصمة، أو من يوم أن يصبح مستحيلًا علىٰ أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه، وبوجه عام.

(هـ) من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعًا في أن المحرر قد صدر قبل وقوعه.

2- ومع ذلك يجوز للقاضي تبعًا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة علىٰ المخالصات.

(م (395) مدني مصري، و(15) إثبات مصري، و(11) سوري، و(137) و(138) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

المذكرة الإيضاحية:

1- الأصل في المحرر العرفي أن يكون له حجية قبل الكافة، فيما عدا التاريخ، فلا تكون له حجية بالنسبة للغير، إلا أن يكون ثابتًا. ويتفرع علىٰ ذلك:

(أ) أن تاريخ المحرر العرفي يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتىٰ يثبت العكس، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذا المحرر من البيانات.

ويتعين علىٰ من يريد تحصيل الدليل العكسي- في هذه الحالة - أن يلتزم أحكام القواعد العامة في ذلك. ومؤدىٰ هذا وجوب التقدم بدليل كتابي؛ إذ لا يجوز نقض

الثابت كتابة إلا بالكتابة.

(ب) وأن هذا التاريخ لا يكون حجة بالنسبة للغير ما لم تتوافر فيه ضمانات خاصة، قوامها إثباته، لكي يزول كل شك في صحته. وقد قصد من هذا الاستثناء إلىٰ حماية الغير من خط تقديم التاريخ في الأوراق العرفية. ويترتب علىٰ ذلك:

أولًا: أن هذه المادة لا تطبق إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضىٰ نصوص خاصة، كالنصوص المتعلقة باشتراط التسجيل أو التسليم في تمليك المنقولات، أو إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمنًا، أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته للواقع.

ثانيًا: أن أحكام هذه المادة لا تنطبق إلا علىٰ الغير. ويقصد بذلك كل من لم يكن طرفًا في الورقة العرفية بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، متىٰ تمسك قبل من يحتج بتاريخ هذه الورقة بحق يضار فيما لو ثبتت صحة هذا التاريخ في مواجهته. ويستخلص من ذلك أن هذه الأحكام لا تطبق علىٰ من يكون بشخصه أو بنائبه طرفًا في المحرر العرفي. ولا علىٰ من يخلف هذا أو ذاك خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية. ولا علىٰ الدائنين عند مباشرتهم لدعاوىٰ مدينهم (الدعوىٰ غير المباشرة)، وليس لهؤلاء في الحقوق أكثر مما لهذا المدين.

2- أما وسائل إثبات التاريخ فقد وردت علىٰ سبيل الحصر؛ تيسيرًا لتثبت الغير من ذلك ودفعًا لتحكم القضاء.

3- ومع ذلك فللقاضي تبعًا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة علىٰ المخالصات، وقد سبق أن أشار البعض بوجوب استثناء المخالصات من أحكام ثبوت التاريخ بمقتضىٰ نص خاص؛ استنادًا إلىٰ ما جرىٰ عليه القضاء. وقد أقر القضاء من عهد بعيد عرف التعامل في عدم اشتراط قيد المخالصات؛ اقتصادًا للنفقات. بيد أن نطاق هذا العرف يتناول المخالصات العادية فحسب، دون المخالصات التي ترتب حقًّا في الحلول. ولذلك احتاط المشروع، فجعل للقاضي سلطة تقدير يعتد في أعمالها بما يعرض من ظروف.

(مادة 87):

1 - تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات.
2 - وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضًا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعًا عليه من مرسلها. وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتىٰ يقوم الدليل علىٰ عكس ذلك.
3 - وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس.

(م (396) مدني مصري، و(16) إثبات مصري، و(19) سوداني، و(12) سوري).

المذكرة الإيضاحية:

1 - إن التعامل بالرسائل أخذ يتزايد نصيبه من الأهمية، حتىٰ أصاب من سعة النطاق بسطة جديرة بالاعتبار. وليس شك في أن هذا الضرب من التعامل قد اضطرد بوجه خاص في المسائل التجارية، لكن المتعاملين من التجار لم يستشعروا ضرورة لحكم تشريعي جديد؛ نظرًا لانتقاء قيود الإثبات في هذه المسائل.

علىٰ أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضًا.

وقد أقر القضاء والفقه ما تواضع عليه المتعاملون في هذا الشأن ، وأنشأ طائفة من القواعد استلهما فيها المبادئ المتعلقة بالأوراق العرفية، رغم خلو التشريع من النص، وقد استندا في ذلك إلىٰ: 1 - أن القانون لم يشترط شكلًا خاصًّا في المحررات العرفية إلا ما استثنىٰ منها بنص خاص. 2 - أن الرسائل يتوافر فيها الشرطان الجوهريان اللذان تستمد منهما حجية المحررات العرفية، وهما الخط والتوقيع. فمن الأنسب - والحال كذلك - أن تدرج الرسائل بين طرق الإثبات بالكتابة، وأن يعين مدىٰ حجيتها، وما ينبغي أن يتوافر فيها من الشرائط الشكلية، نزولًا علىٰ مقتضىٰ القواعد العامة من ناحية، وتمشيًا مع نية المتعاقدين من ناحية أخرىٰ.

ويجب فيما يتعلق بالشكل أن يجتمع في الرسالة الشرطان الجوهريان الواجب توافرهما في المحررات العرفية، وهما الخط والتوقيع. وغني عن البيان أن توافر هذين الشرطين يكفي من هذه الناحية دون الحاجة إلىٰ شرط آخر.

أما فيما يتعلق بحجية الرسائل، فمن رأي فريق من الفقهاء أنها تترك لتقدير القاضي؛ لأن مضمون الرسالة لا يعدو أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، قد يعتبر من قبيل الإقرار في

غير مجلس القضاء.

بيد أن مذهب القضاء قد تطور في هذا الشأن، فعمدت المحاكم إلىٰ إقرار مبدأ التعاون في تحصيل الأدلة، وأجازت للقاضي أن يأمر بتقديم الأدلة التي تثبت حيازة الخصوم لها، وإعراضهم عن استعمالها، إذا اقتضىٰ ذلك حسب سير العدالة.

وقد أقيم المبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه علىٰ ما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية في تحصيل الدليل، فإذا تم التعاقد بالمراسلة. كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم إلىٰ القاضي ما يكون لديه من الأدلة الكتابية؛ لأن الإثبات في هذه الحالة لا يتاح إلا بمقارنة الرسائل المتبادلة.

وليس ثمة ما يدعو إلىٰ الإشفاق من إقرار حجية الرسائل، فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تقديم الرسالة الموجهة إليه، فللقاضي أن يلزمه بذلك. ثم إن اشتراط ازدواج النسخ الأصلية في بعض التقنينات يقصد منه إلىٰ تحقيق المساواة بين طرفي التعاقد، وهو غرض لا يفوت بداهة من جراء إقرار هذه الحجية. ويراعىٰ أخيرًا أن العمل جرىٰ علىٰ الاحتفاظ بصور الرسائل، ولا سيما أنها غالبًا ما تكتب بالآلة الكاتبة، متىٰ كانت متعلقة بمعاملة من المعاملات، ولو كانت مدنية بطبيعتها.

وتفريعًا علىٰ ذلك عمد المشروع إلىٰ إقرار حجية الرسائل والتسوية في الحكم بينها وبين سائر المحررات العرفية.

ولو فرض علىٰ نقيض ما تقدم أن رسالة وجهت إلىٰ شخص ثالث، وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد الحصول عليها بطريق مشروع، ليستخلص منها دليلًا علىٰ ما يدعي قبل الطرف الآخر، فحجية مثل هذه الرسالة تترك لتقدير القاضي، وله أن يسترشد في شأنها بالأحكام الخاصة بما صدر من الإقرارات في غير مجلس القضاء.

2- أما البرقيات - وهي التي تكفلت الفقرة الثانية ببيان حكمها - فهي تختلف عن الرسائل من حيث إيجاز المضمون وسرعة الإبلاغ.

بيد أنه رئي من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة أصل البرقية، بل يتسلم صورة منها يتولىٰ تحريرها موظف مصلحة التلغرافات في المكتب المختص بتلقي مضمون الرسالة. ومن المسلم أن صور المحررات العرفية لا تتوافر لها أي حجية في

الإثبات.

بيد أنه رئي من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة المسلمة إلىٰ المرسل إليه لأصلها؛ إذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة في تغيير مضمون هذا الأصل.

وبهذا تنحصر احتمالات مغايرة الصورة للأصل، بوجه عام، فيما قد يقع من هذا الموظف من خطأ. ولهذه العلة أجيز لذي الشأن أن يقيم الدليل علىٰ اختلاف الصورة عن أصلها، وهو أمر يسير، يكفي فيه تقديم الأصل المحفوظ في مكتب الإرسال.

ولا يكون نصيب البرقية من الحجية معادلًا لنصيب الأوراق العرفية منها، إلا بتوافر شرط جوهري، هو توقيع المرسل علىٰ الأصل.

بيد أن تخويل مصلحة التلغرافات حق إعدام أصول البرقيات، بعد انقضاء فترة قصيرة من الزمن يجعل حجية الرسائل البرقية أدنىٰ إلىٰ التوقيت، وحظها من الاستقرار أقل مما يتوافر للرسائل البريدية.

وقد سوىٰ التقنين المراكشي بين البرقيات وبين سائر الأوراق العرفية من حيث الحجية.

(مادة 88):

1- دفاتر التجار لا تكون حجة علىٰ غير التجار، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار يسري عليها قواعد الإثبات المقررة في هذا القانون.

2- وتكون دفاتر التجار حجة علىٰ هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلًا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها، ويستبعد منه ما كان مناقضًا لدعواه.

(م (397) مدني مصري، و(17) إثبات مصري، و(1608) من المجلة، و(20) سوداني، و(14) سوري).

المذكرة الإيضاحية:

1- الأصل جواز التمسك بدفاتر التاجر قبله، باعتبار أنها من قبيل الأوراق غير

الموقع عليها، التي تصدر من جانب واحد، وأن وجوب إمساكها روعيت فيه مصلحة التاجر نفسه. بيد أنه لا يجوز للتاجر أن يستند إلىٰ هذه الدفاتر كدليل لإثبات الالتزام قبل من يتعاقد معه من غير التجار؛ إذ من الممتنع أن يصطنع الإنسان دليلًا لنفسه. وقد قصد من إلزام التاجر بإمساك هذه الدفاتر (دفتر اليومية، ودفتر صور الخطابات (الكوبيا)، ودفتر الجرد حسب م (11) و(12) و(13) من تقنين التجارة المصري)، واشتراط ترقيمها وتأشير الموظفين المختصين علىٰ أوراقها إلىٰ رعاية مصلحة المشتغلين بالتجارة.

2- تقضي الفقرة الأولىٰ بأن دفاتر التجار لا تكون حجة علىٰ غير التجار وتخضع البيانات المثبتة فيها الخاصة بما يوردونه للقواعد العامة في الإثبات، ومن أهمها قاعدة «**البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من أنكر**» المنصوص عليها في المادة الثالثة من المشروع.

3- أما التاجر فتعتبر دفاتره حجة عليه، منتظمة كانت أو غير منتظمة؛ لأنها بمثابة إقرار صادر منه، ويتفرع علىٰ ذلك وجوب تطبيق القواعد المتعلقة بالإقرارات في هذا الشأن، ولا سيما قاعدة امتناع تجزئة الإقرار متىٰ كانت دفاتر التاجر منتظمة. أما إذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فللقاضي أن يقدر مضمونها، دون أن يتقيد في ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار. وقد استظهر المشروع هذا الحكم بإضافة عبارة: «إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة». إلىٰ نص الفقرة الثانية.

(مادة 89):

لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة علىٰ من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

(أ) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفىٰ دينًا.

(ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقًّا لمصلحته.

(م (398) مدني مصري، و(18) إثبات مصري، و(18) سوري).

المذكرة الإيضاحية:

1- هذه المادة ليس يقتصر نطاقها علىٰ الدفاتر، بل يتناول كذلك الأوراق المنزلية، أي المحررات المتعلقة بغير التجار، كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات، ولا يلزم آحاد الناس، عرفًا أو قانونًا، بتدوين حساباتهم في دفاتر أو أوراق، علىٰ نقيض ما تقدم بشأن التجار، وبديهي أن انتفاء هذا الإلزام لا يتيح بوجه من الوجوه اعتبار هذه الأوراق وتلك الدفاتر طريقًا من طرق الإثبات، بل ولا يتيح الاستعانة بها، بوصفها مبدأ ثبوت بالكتابة لصالح من حررها، ولذلك نصت الفقرة الأولىٰ علىٰ أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه، أما حجيتها عليه فقد تكفلت ببيانها الفقرة الثانية من هذه المادة، وقصرتها علىٰ حالتين علىٰ سبيل الحصر.

2- ومع ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتداد القاضي بالدفاتر التي تقدمت الإشارة إليها، باعتبارها قرائن تضاف إلىٰ وثائق أخرىٰ أو عناصر أدلة سبق تقديمها، وفقًا للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن.

(مادة 90):

1- التأشير علىٰ سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين - حجة علىٰ الدائن، إلىٰ أن يثبت العكس، ولو لم يكن التأشير موقعًا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته.

2- وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرىٰ للسند أو في مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين.

(م (399) مدني مصري، و(19) إثبات مصري، و(19) سوري).

المذكرة الإيضاحية:

1- جرت العادة بأن يؤشر الدائن بالوفاء الجزئي أو الكلي علىٰ سند الدين، ويستبقيه في حيازته (الفقرة الأولىٰ) أو بأن يؤثر بذلك علىٰ نسخة أصلية أخرىٰ من هذا السند، أو علىٰ مخالصة في يد المدين (الفقرة الثانية).

ويراعىٰ أن المشروع قد عني في النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة، فليس يقصد بها مجرد صورة أخرىٰ من سند الدين، وإنما شفعت هذه الكلمة بنعت «أصلية» تعيينًا لدلالة المقصود.

وعلة الاعتداد بالتأشير المتقدم ذكره في الإثبات : أن الدائن في الحالة الأولىٰ يدلي بإقرار غير قضائي، لا يمكن استبعاده من السنة الذي يتقدم به لاستيفاء حقه، وأن ما يصدر من الدائن في الحالة الثانية يكون في الواقع بمثابة مخالصة تبقىٰ في يد المدين.

2- ويراعىٰ أن المشروع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي في مثل هذا التأشير، فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع الدائن، وهو لا يشترط إيراده في مكان معين من السند أو النسخة الأصلية أو المخالصة، فقد يرد في ذيل الورقة أو علىٰ هامشها أو ظهرها. بيد أنه يشترط لتوافر حجية التأشير أو قوته في الإثبات أن يكون مكتوبًا بخط الدائن في الحالتين اللتين يواجههما النص، وأن يظل سند الدين في يد الدائن في الحالة الأولىٰ، وفي يد المدين في الحالة الثانية، والواقع أن من صور الغش ما يتيسر وقوعه في الحالة الأولىٰ لو دخل سند الدين في يد المدين؛ إذ يسهل عليه تزوير التأشير، وكذلك الشأن لو سلم الدائن السند لوكيل فوضه في استيفاء الدين، فهو يؤشر علىٰ هذا السند بالتخالص قبل أن يسلمه لوكيله، ويقوم هذا برده إليه بما سبق أن دون فيه من تأشيرات، فيما إذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة، ولذلك اشترط المشروع في هذه الحالة أن يكون السند قد بقي في يد الدائن ولم يخرج قط، فإذا ادعىٰ أن السند خرج من يده وقع عليه عبء إقامة الدليل علىٰ صحة هذه الدعوىٰ. وقد يتصور في الحالة الثانية أن يكون الدائن قد سلم المخالصة لوكيل مفوض في استيفاء الدين.

ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد إلىٰ الموكل المخالصة التي تسلمها إذا لم يتم له استيفاء الدين، فالمفروض أن الدائن يحتفظ بهذه المخالصة لأنه لم يستوف حقه من المدين، ولهذه العلة اشترط المشروع أن تظل النسخة الأصلية أو المخالصة في يد المدين.

علىٰ أن تخلف أحد الشرطين المتقدمين لا يجعل التأشير خلوًا من كل فائدة، فللمدين مثلًا أن ينتفع منه بوصفه مبدأ ثبوت بالكتابة متىٰ كان محررًا بخط الدائن. ولم

ير وجه للنص صراحة علىٰ هذا الحكم؛ لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقًا للقواعد العامة.

3- ويراعىٰ أن التأشير تقتصر حجته علىٰ الدائن وحده، ولا يجوز أن ينهض دليلًا علىٰ وجه الإطلاق؛ إذ من الممتنع علىٰ ذي الشأن أن يصطنع دليلًا لنفسه. ثم إن هذه الحجية لا تتوافر إلا إذا قصد من التأشير إثبات براءة ذمة المدين، أما ما عدا ذلك مما يؤشر به علىٰ سند الدين، فلا تكون له حجية في الإثبات إلا في حدود القواعد العامة. ومتىٰ تحدد المقصود من التأشير علىٰ هذا الوجه، اعتبر حجة بما جاء فيه إلىٰ أن يثبت العكس، مراعًىٰ في ذلك أن تأشير الدائن لا يعتبر قرينة قاطعة علىٰ براء الذمة، بل يكون لهذا الدائن أن يثبت أن ما أشر به قد صدر منه عن غلط أو نحوه.

❊ ❊ ❊

الفصل الثالث
طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده

(مادة 91):

يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوىٰ يكون تحت يده:

(أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه.

(ب) إذا كان مشتركًا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركًا علىٰ الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين، أو كان مثبتًا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.

(ج) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوىٰ.

(م (20) إثبات مصري، و م (20) بينات سوري، و م (42) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

الأصل في الإجراءات القضائية أن يتقدم الخصوم بمستنداتهم إلىٰ المحاكم، وليس لهم أن يجبروا خصومهم علىٰ إبراز ما في يدهم، ومع ذلك فقد رئي أنه يسوغ لخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم المستندات والأوراق المنتجة في الدعوىٰ التي تكون تحت يده في أحوال ثلاثة منصوص عليها في هذه المادة وهي:

(أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه، وفي قانون البينات السوري: «إذا كان القانون المدني أو التجاري يجيز...». ومثال ذلك الحالات التي نص عليها القانون التجاري وأباح للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها، أو بناءً علىٰ طلب الخصم إلزام التاجر بتقديم دفاتره التجارية.

(ب) إذا كان المحرر مشتركًا بينه وبين خصمه، وقد أعطىٰ المشروع مثلًا خاصًّا لهذه الحالة، حالة ما إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتًا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة. وهذه الحالة الخاصة أوردت علىٰ سبيل المثال.

(ج) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوىٰ، ومن أمثلة ذلك ما إذا

قدم الخصم محررًا للاستدلال به فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي. (م (97) من هذا المشروع).

وهذه الحالات الثلاث التي وردت في المادة جاءت علىٰ سبيل الحصر.

ويلاحظ أن الفصل في طلب الخصم إلزام خصمه بتقديم المحرر - متروك لتقدير قاضي الموضوع، وللقاضي عدم قبول الطلب إذا رأىٰ أن الورقة غير منتجة في الدعوىٰ، وله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته.

ويلاحظ أن قانون الإثبات السوداني لم يحدد حالات خاصة، ونص المادة (42) منه كما يأتي:

«يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة تكليف خصمه بأن يظهر المستندات الموجودة في حيازته، أو التي تحت تصرفه والمتعلقة بأية مسألة من المسائل المتنازع عليها، متىٰ كان ذلك ضروريًّا للفصل في الدعوىٰ أو لتوفير المصروفات».

(مادة 92):

يجب أن يبين في هذا الطلب:

(أ) أوصاف المحرر الذي يعينه.

(ب) فحوىٰ المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل.

(ج) الواقعة التي يستدل به عليها.

(د) الدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم.

(هـ) وجه إلزام الخصم بتقديمه.

(م (21) إثبات مصري، و(21) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

المقصود بالفقرة (هـ) أن يبين الطالب أن الحالة المعروضة هي إحدىٰ الحالات التي حددتها المادة السابقة علىٰ سبيل الحصر.

(مادة 93): لا يقبل الطلب إذا لم تراع أحكام المادتين السابقتين.

(م (22) إثبات مصري).

(مادة 94): إذا أثبت الطالب طلبه أمرت المحكمة بتقديم المحرر في الحال أو في أقرب موعد تحدده، وإذا لم يثبت طلبه وأنكر الخصم كان له أن يطلب من القاضي تحليفه اليمين «بأن المحرر لا وجود له، أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه، وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به».

(م (23) إثبات مصري، و(22) بينات سوري، و(43) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

يكون إثبات الطالب طلبه بإثبات وجود الورقة التي وصفها، وأنها تحت يد الخصم، وأن الخصم ملزم قانونًا بتقديمها؛ لكونها مما يندرج في عداد الحالات المذكورة في المادة (92) من هذا المشروع، وعليه أن يراعي في هذا الإثبات الأحكام الواردة في هذا المشروع. فإذا أثبت الطالب طلبه أمرت المحكمة بإلزام الخصم بتقديم المحرر في الحال، أو في أقرب موعد تحدده. أما إذا لم يثبت الطالب طلبه فإن له أن يطلب من القاضي توجيه اليمين إلىٰ المدعىٰ عليه وقد رئي بيان صيغة اليمين علىٰ النحو الوارد في المادة.

(مادة 95): إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة، أو امتنع من حلف اليمين المذكورة - اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه.

(م (24) إثبات مصري، و(23) بينات سوري، وانظر (44) إثبات سوداني ونصها: «إذا اقتنعت المحكمة بوجود المستندات تحت يد الخصم المطالب بتقديمها في الموعد الذي حددته، أو امتنع عن حلف اليمين المذكور في المادة (43) - كان لخصمه الحق في إثبات محتوىٰ تلك المستندات بأي طريق من طرق الإثبات، وجاز تحميل الخصم الممتنع مصروفات ذلك الإثبات أيًّا كانت نتيجة الفصل في الدعوىٰ».

(**مادة 96**): إذا قدم الخصم محررًا للاستدلال به في الدعوىٰ، فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة، بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوىٰ يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل.

(م (25) **إثبات مصري، و(24) بينات سوري إلا أن فيها**: «... فلا يجوز له سحبه إلا برضاء خصمه وبإذن خطي من رئيس المحكمة بعد أن تحفظ صورة مصدقة عنه في إضبارة الدعوىٰ». و م (46) إثبات سوداني، ونص الفقرة الثانية منها : «لا يجوز للخصم سحب المستندات التي قدمها إلا بأمر المحكمة وبعد أن تحفظ منها صورة في ملف الدعوىٰ يؤشر عليها بمطابقتها للأصل».

(**مادة 97**): يجوز للمحكمة - أثناء سير الدعوىٰ ولو أمام محكمة الاستئناف - أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة.

(م (26) إثبات مصري، و(25) بينات سوري بدون «ولو أمام محكمة الاستئناف». وبإضافة فقرة ثانية نصها: «يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها، أو بناءً علىٰ طلب الخصوم أن تقرر جلب أسناد وأوراق من الدوائر الرسمية السورية إذا تعذر ذلك علىٰ الخصوم».

و م (47) إثبات سوداني، ونصها: «للمحكمة أن تأمر أو تأذن بإدخال الغير لإلزامه بتقديم مستند تحت يده وذلك في الأحوال وبالأوضاع المنصوص عليها في المواد (42) و(43) و(44). ولها كذلك أن تطلب من الجهات الإدارية أن تقدم ما لديها من المعلومات والوثائق اللازمة للفصل في الدعوىٰ متىٰ رأت المحكمة أن ذلك لا يضر بمصلحة عامة».

المذكرة الإيضاحية:

استكمالًا للقواعد السابقة، ومراعاة لصالح الخصم الذي يفيد من الورقة؛ أجاز القانون - إذا كانت الورقة المطلوب تقديمها تحت يد شخص خارج عن الدعوىٰ -

للمحكمة أثناء سير الدعوىٰ ولو أمام محكمة ثاني[1] أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده، وذلك في الأحوال، ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها بالنسبة إلىٰ إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده عملًا بالمادتين(92) و(93) من هذا المشروع ويقدم طلب الإدخال في هذه الحالة من الخصم الذي يستفيد من الورقة، ومتىٰ أدخل الغير في الدعوىٰ أصبح خصمًا فيها، وأصبح للمحكمة قبله سلطة الحكم عليه بالغرامة إذا امتنع عن الامتثال لأمرها فضلًا عن حق الخصم في الرجوع عليه بالتعويض إذا أضر به عدم تقديم الورقة.

(**مادة 98**): كل من حاز شيئًا أو أحرزه يلتزم بعرضه علىٰ من يدعي حقًّا متعلقًا به، متىٰ كان فحص الشيء ضروريًّا؛ للبت في الحق المدعىٰ به من حيث وجوده ومداه. فإذا كان الأمر متعلقًا بسندات أو أوراق أخرىٰ، فللقاضي أن يأمر بعرضها علىٰ ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلىٰ القضاء، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له.

علىٰ أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه.

ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضي مكانًا آخر، وعلىٰ طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدمًا، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء علىٰ تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض.

(م (27) إثبات مصري).

المذكرة الإيضاحية:

1- كانت هذه المادة من بين مواد مشروع القانون المدني المصري الحالي م (273)، وحذفت في لجنة المراجعة؛ لأنها أدخل في قانون المرافعات.

---

(1) كلمة غير واضحة.

وهذا النص يتيح العمل علىٰ حسم المنازعات ويبتعد بالمنازعة أمام القضاء عن مجال المبارزة.

2 – **ويجب لترتيب الالتزام الذي قرره النص توافر شروط ثلاثة:**

(أ) **أولها**:أن يدعي شخص بحق يتعلق بشيء، شخصيًّا كان الحق أو عينيًّا.

(ب) **والثاني**:أن يكون الشيء المدعىٰ به في يد شخص آخر، علىٰ سبيل الحيازة أو الإحراز، سواء أكان هذا الشخص خصمًا في الدعوىٰ أم لم يكن خصمًا فيها.

(ج) **والثالث**:أن يكون فحص الشيء ضروريًّا للبت في الحق المدعىٰ به، من حيث وجوده ومداه، ويرجع تقدير هذه الضرورة إلىٰ القاضي.

فيجوز مثلًا لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشتبه في حيازته له بعرضه عليه؛ ليتثبت من ذاتيته، ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه؛ حتىٰ يتسنىٰ له أن يعين مدىٰ حقه في الأجر، بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث.

3 – **فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سندًا أو وثيقة فيلاحظ أمران:**

أولهما: أن فحص الوثيقة قد يكون ضروريًّا لا للبت في وجود الحق المدعىٰ به وتعيين مداه، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات حق للطالب.

والثاني: أن للقاضي أن يأمر – عند الاقتضاء – بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها علىٰ الطالب.

فيجوز مثلًا لمشتري الأرض، إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها – أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أداؤه من هذا الثمن. ويجوز كذلك لموظف يدعي أنه عزل تعسفًا أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء؛ ليستخلص منه الدليل علىٰ التعسف.

4– إذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوي للامتناع، كالحرص علىٰ حرمة سر عائلي مثلًا.

5– والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوىٰ، ولكن

يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء. وتكون نفقات العرض علىٰ عاتق من يطلبه، ويجوز إلزامه إذا رأىٰ القاضي ذلك، بتقديم تأمين لضمان ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض.

والنص كما يبدو من عباراته كثير الفروض، وقد اجتهدت هذه المذكرة في ضبط النص ما وسعها ذلك، ولكنه بطبيعته يستعصي علىٰ الانضباط، وفائدته مرهونة بالاعتدال في تطبيقه عملًا، وإلا فإنه قد يؤدي إلىٰ خلاف المقصود من وضعه.

وهناك مادتان في قانون الإثبات السوداني ليس لهما مقابل في المصري، هما م (45) و(48) ونصهما:

م (45): يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة إعلان أي خصم أشار في مرافعاته إلىٰ وجود أي مستند، ويطلب منه في الإعلان تقديم ذلك المستند للاطلاع عليه، فإذا لم يستجب الخصم لما طلب إليه في الإعلان – جاز للمحكمة، متىٰ اقتنعت بأن تقديم ذلك المستند ضروري للفصل في النزاع ولا يتعلق بحق خاص به وليس له أي عذر آخر يبرر عدم تقديمه – أن تمنعه من التمسك به كدليل له في الدعوىٰ.

م (48): تسري أحكام هذا الفصل (الأدلة المكتوبة) علىٰ الأشياء المادية التي يستند إليها كدليل في الدعوىٰ بالقدر الذي يتفق وطبيعة تلك الأشياء.

❋ ❋ ❋

الفصل الرابع
إثبات صحة المحررات

(**مادة 99**): للمحكمة أن تقدر ما يترتب علىٰ الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها.
وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة، جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره؛ ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه.

(م (28) إثبات مصري، و(26) بينات سوري، و(21) – (22) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

الغرض من هذا النص تمكين القاضي من تجلية ما يتردد في صدره من الشك في صحة الورقة المقدمة إليه، سواء أطعن الخصوم فيها أم لم يطعنوا. وهذا النص لا يغني عنه ما هو مقرر له من سلطة الحكم بتزوير الورقة أو بصحتها بغير حاجة إلىٰ تحقيق؛ لأن استعمال هذه السلطة مشروط بأن يطلب الخصم استبعاد الورقة المقدمة من خصمه.

وحكم هذه المادة يكمل بحكم المادة (130) من هذا المشروع التي تقضي بأن المحكمة إذا ظهر لها بجلاء أن الورقة مزورة، كان لها من تلقاء نفسها أن تحكم برد الورقة وبطلانها.

(**مادة 100**): إنكار الخط، أو الختم، أو الإمضاء، أو بصمة الأصبع – يرد علىٰ المحررات غير الرسمية، أما ادعاء التزوير فيرد علىٰ جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية.

(م (29) إثبات مصري، و(37) بينات سوري، و(24) إثبات سوداني، و(139) – (140) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

المذكرة الإيضاحية:

تفرق هذه المادة بين المحرر العرفي والمحرر الرسمي. فالمحرر العرفي يحتمل الإنكار والطعن بالتزوير، فلصاحب التوقيع أن يقتصر علىٰ الإنكار، فيلجأ المحتج بها إلىٰ إجراءات تحقيق الخطوط، ويقع عليه لا علىٰ صاحب التوقيع عبء الإثبات، وله أن يطعن في الورقة بالتزوير ويقع عليه عندئذٍ عبء الإثبات. أما المحرر الرسمي فلا سبيل إلا الطعن بالتزوير. ومرجع التفرقة بين النوعين من المحررات أن الورقة الرسمية تحمل توقيع الموظف العام الذي وثقها، وفي هذا الموظف من الضمانات وعليه من المسئولية ما يسمح بافتراض صحة صدور الورقة الرسمية ممن وقع عليها، فإذا أراد الطعن فيها فسبيله الطعن بالتزوير وعليه عبء الإثبات، بخلاف المحرر العرفي فلا يتوافر فيه هذه الضمانات، فإذا أنكر المنسوب إليه التوقيع توقيعه فعلىٰ المتمسك بالمحرر أن يثبت صحته عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط.

❊ ❊ ❊

الفرع الأول

إنكار الخط، أو الإمضاء، أو الختم، أو بصمة الأصبع، وتحقيق الخطوط

(مادة 101): إذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه، أو إمضاءه، أو ختمه، أو بصمة أصبعه، أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه، وكان المحرر منتجًا في النزاع، ولم تكف وقائع الدعوىٰ ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة الخط، أو الإمضاء، أو الختم، أو بصمة أصبعه - أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة، أو بسماع الشهود، أو بكليهما.

(م (30) إثبات مصري، و(141) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(28) بينات سوري، و(25) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

الورقة العرفية تستمد قوتها في الإثبات من اعتراف من تشهد عليه بصمتها، فإذا أنكرها زال ما لها من قوة في الإثبات، وكان علىٰ المتمسك بها أن يثبت صحتها

بإجراءات تحقيق الخطوط وهي مجموع الإجراءات التي رسمها القانون؛ ليثبت بها المتمسك بورقة عرفية صحتها إذا أنكرها من تشهد عليه أو خلفه.

وللمحكمة أن تقضي فورًا بصحة الورقة أو باستبعادها بغير تحقيق، إذا رأت أن وقائع الدعوىٰ ومستنداتها كافية في ذاتها لإقناعها، ولها أن تحيل الدعوىٰ علىٰ التحقيق.

وللمحكمة إذا أحالت الدعوىٰ علىٰ التحقيق الخيار في أن تجري التحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بالاثنين معًا.

(مادة 102): يحرر محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بيانًا كافيًا، ويوقعه رئيس الجلسة وكاتب المحكمة والخصوم، ويجب توقيع المحرر ذاته من رئيس الجلسة والكاتب.

(م (31) إثبات مصري، و(142) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(29) بينات سوري، و(26) إثبات سوداني ونصها: «يحرر محضر تبين به حالة المحرر الذي حصل إنكاره بيانًا كافيًا، ويؤشر علىٰ المحرر باسم مقدمه، وتاريخ تقديمه، ورقم الدعوىٰ المقدم فيها، ويوقع من القاضي، ويودع خزانة المحكمة»).

(مادة 103):

يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على:

(أ) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق.

(ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء.

(ج) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق.

(د) الأمر بإيداع المحرر المقتضىٰ تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته علىٰ الوجه المبين بالمادة السابقة.

(م (32) إثبات مصري، و(30) بينات سوري، وعجز م (26) إثبات سوداني، و(143) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

(**مادة 104**): يكلف قلم الكتاب الخبير الحضور أمام القاضي في اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق.

(م (33) إثبات مصري، و(144) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

(**مادة 105**): علىٰ الخصوم أن يحضروا في الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة، والاتفاق علىٰ ما يصلح منها لذلك. فإن تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر - جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات. وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها.

(م (34) إثبات مصري، و(31) بينات سوري).

(**مادة 106**): علىٰ الخصم الذي ينازع في صحة المحرر أن يحضر بنفسه للاستكتاب في الموعد الذي يعينه القاضي لذلك، فإن امتنع عن الحضور بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر.

(م (35) إثبات مصري، و(32) بينات سوري، و(29) إثبات سوداني).

(**مادة 107**): تكون مضاهاة الخط، أو الإمضاء، أو الختم، أو بصمة الأصبع، الذي حصل إنكاره علىٰ ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط، أو إمضاء، أو ختم، أو بصمة الأصبع.

(م (36) إثبات مصري، و(33) بينات سوري، و(146) - (53) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(28) إثبات سوداني).

(**مادة 108**):

لا يقبل للمضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا:

(أ) الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع علىٰ محررات رسمية.

(ب) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضي تحقيقه.

(ج) خطه أو إمضاؤه الذي يكتبه أمام القاضي أو البصمة التي يطبعها أمامه.

(م (37) إثبات مصري، و(146) - (1) و(2) و(4) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(34) بينات سوري، و(28) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

بين في هذه المادة الأوراق التي تصلح للمضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم علىٰ سبيل الحصر، فلا يقبل غيرها للمضاهاة، ولا يحتاج قبولها لاتفاق الخصوم.

(مادة 109): يجوز للقاضي أن يأمر بإحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التي تكون بها أو ينتقل مع الخبير إلىٰ محلها؛ للاطلاع عليها بغير نقلها.

(م (38) إثبات مصري، و(147) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(35) بينات سوري، و(30) إثبات سوداني).

(مادة 110): في حالة تسليم المحررات الرسمية لقلم الكتاب تقوم الصور التي تنسخ منها مقام الأصل متىٰ كانت ممضاة من القاضي المنتدب والكاتب والموظف الذي سلم الأصل. ومتىٰ أعيد الأصل إلىٰ محله، ترد الصورة المأخوذة منه إلىٰ قلم الكتاب ويصير إلغاؤها.

(م (39) إثبات مصري، و(148) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

(مادة 111): يوقع الخبير والخصوم والقاضي والكاتب علىٰ أوراق المضاهاة قبل الشروع في التحقيق، ويذكر ذلك في المحضر.

(م (40) إثبات مصري، و(149) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(36) بينات سوري).

(مادة 112): تراعىٰ فيما يتعلق بأولي الخبرة القواعد المقررة في الباب المتعلق بالخبرة.

(م (41) إثبات مصري، و(152) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و(37) بينات سوري، و(33) - (2) إثبات سوداني).

(مادة 113): لا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع - علىٰ المحرر المقتضىٰ تحقيقه ممن نسبت إليه.

وتراعىٰ في هذه الحالة القواعد المقررة في الباب الخاص بشهادة الشهود.

(م (42) إثبات مصري و(27) - (1) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

الشاهد الذي يدعىٰ للشهادة إنما يشهد علىٰ أنه رأىٰ من تشهد عليه الورقة يكتبها أو يوقع عليها ولكنه لا يشهد علىٰ حصول التصرف الذي أجراه الخصوم بينهم؛ فيجب التفرقة بين التصرف في ذاته والدليل، لإثباته فالإنكار ينصب علىٰ التوقيع، ولا شأن له بالتصرف المثبت بالمحرر، وعلىٰ ذلك لا يمنع الحكم بصحة الورقة من الطعن علىٰ التصرف الثابت فيها بالبطلان لأحد أسباب البطلان.

(مادة 114): إذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم علىٰ من أنكره بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات، ولا تجاوز خمسين جنيهًا.

(م (43) إثبات مصري، و(153) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(38) بينات سوري وفيها: «بغرامة (50) إلىٰ (150) ليرة سورية. ولا يحول ذلك دون الحكم للفريق الآخر بالعطل والضرر إذا كان هناك سوء نية». و(34) إثبات سوداني ونصها: «إذا انتهت المحكمة إلىٰ صحة المحرر يحكم علىٰ من أنكره بغرامة لا تجاوز عشرين جنيهًا، ولا يحكم عليه بشيء ما إذا ثبت بعض ما ادعاه».

(مادة 115): إذا قضت المحكمة بصحة المحرر، أو برده، أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحته - أخذت في نظر موضوع الدعوىٰ في الحال، أو حددت لنظره أقرب

جلسة.

(م (44) إثبات مصري).

(مادة 116): يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر؛ ليقر بأنه بخطه، أو بإمضائه، أو ببصمة أصبعه، ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء، ويكون ذلك بدعوىٰ أصلية بالإجراءات المعتادة.

(م (45) إثبات مصري، و(39) - (1) بينات سوري).

(مادة 117): إذا حضر المدعىٰ عليه وأقر، أثبتت المحكمة إقراره، وتكون جميع المصروفات علىٰ المدعي. ويعتبر المحرر معترفًا به إذا سكت المدعىٰ عليه، أو لم ينكره، أو لم ينسبه إلىٰ سواه.

(م (46) إثبات مصري، و(39) - (2) بينات سوري).

(مادة 118): إذا لم يحضر المدعىٰ عليه حكمت المحكمة في غيبته بصحة الخط، أو الإمضاء، أو الختم، أو بصمة الأصبع. ويجوز استئناف هذا الحكم في جميع الأحوال.

(م (47) إثبات مصري، و(39) - (3) بينات سوري، إلا أن في هذه: «ويجوز الاعتراض علىٰ هذا الحكم في جميع الأحوال».

(مادة 119): إذا أنكر المدعىٰ عليه الخط، أو الإمضاء، أو الختم، أو بصمة الأصبع - فيجري التحقيق طبقًا للقواعد المتقدمة.

(م (48) إثبات مصري، و(39) - (4) بينات سوري).

❁ ❁ ❁

الفرع الثاني
الادعاء بالتزوير

(**مادة 120**): يكون الادعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها الدعوىٰ بتقرير في قلم الكتاب، وتبين في هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعىٰ بها وإلا كان باطلًا.

ويجب أن يعلن مدعي التزوير خصمه في الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير، وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباته بها، وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه.

(م (49) إثبات مصري، و(154) و(160)، و(161) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(40) بينات سوري، وهي تقابل الفقرة الأولىٰ من هذه المادة، و(36) – (1) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

رئي أن يستعمل هنا عبارة: «الادعاء بالتزوير». بدلًا من عبارة: «الطعن بالتزوير». كي تخلص كلمة «الطعن» للطعن في الأحكام والقرارات؛ ولأن لفظ: «الادعاء» في هذا السياق أدل علىٰ الخصم المكلف بالإثبات.

وقد أوجبت هذه المادة أن يقدم الادعاء بالتزوير بتقرير في قلم الكتاب تحدد فيه مواضع التزوير كلها، فإن خلا عن هذا التحديد كان باطلًا، كما أوجبت علىٰ مدعي التزوير أن يعلن خصمه في الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يريد إثباته بها، وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه.

وقد استعملت عبارة: «شواهد التزوير». بدلًا من عبارة: «أدلة التزوير». لكي يدخل في مشمولها كل ما يستند إليه مدعي التزوير من وقائع، وقرائن، وظروف، وأمارات، وظروف ما كان منها سبيل إثباته شهادة الشهود أو تحقيق الخبراء، وما كان من قبيل القرائن المستفادة من الوقائع الثابتة في الدعوىٰ.

(**مادة 121**): علىٰ مدعي التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون عليه – إن كان تحت يده –، أو صورته المعلنة إليه –، فإن كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب إيداعه قلم الكتاب.

فإذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه اعتبر غير موجود، ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد إن أمكن.

(م (50) إثبات مصري، و(156) و(157) و(158) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و(42) بينات سوري، و(37) إثبات سوداني).

(مادة 122): إذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة - بعد اطلاعه علىٰ التقرير - أن يكلف فورًا أحد المحضرين بتسلم ذلك المحرر، أو بضبطه وإيداعه قلم الكتاب.

فإذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه اعتبر موجودًا ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد إن أمكن.

(م (51) إثبات مصري، و(157) - (158) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(37) إثبات سوداني).

(مادة 123): إذا كان الادعاء بالتزوير منتجًا في النزاع، ولم تكف وقائع الدعوىٰ ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره، ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن في مذكرته منتج وجائز - أمرت بالتحقيق.

(م (52) إثبات مصري، و(43) بينات سوري، و(38) - (1) إثبات سوداني مع زيادة: «بالمضاهاة أو بشهادة الشهود أو بكليهما».

المذكرة الإيضاحية:

انظر المذكرة الإيضاحية للمادة التالية.

(مادة 124): يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق علىٰ بيان الوقائع التي قبلت المحكمة تحقيقها، والإجراءات التي رأت إثباتها بها، وعلىٰ سائر البيانات المذكورة في المادة (104) من هذا القانون.

(م (53) إثبات مصري، و(165) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و م (44)

بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

متىٰ حصلت المرافعة علىٰ أساس المذكرة المبين بها شواهد التزوير - نظرت المحكمة فيما إذا كان الادعاء بالتزوير منتجًا في النزاع. فإن وجدته منتجًا، ولم تجد في وقائع الدعوىٰ وأوراقها ما يكفيها في تكوين اقتناعها بصحة الورقة أو تزويرها، ورأت أنه لا بد لذلك من إجراء التحقيق الذي طلبه مدعي التزوير في مذكرته - أمرت بالتحقيق م (124)، وكان عليها أن تبين في حكمها الصادر بالتحقيق الوقائع التي قبلت تحقيقها والإجراءات التي رأت إثباتها بها، إلىٰ غير ذلك من البيانات الوارد ذكرها في هذه المادة والمادة (104) من هذا القانون.

وليس مما يحتاج إلىٰ بيان أن المحكمة متىٰ أمرت بالتحقيق لا يكون لها أن تتعرض لتقدير سائر القرائن التي ساقها مدعي التزوير لتأييد مدعاه، فإن ذلك لا يكون له محل إلا بعد الفراغ من التحقيق، وعند الفصل في صحة الورقة علىٰ أساس جميع الأدلة القائمة في الدعوىٰ ما استجد منها نتيجة التحقيق، وما كان مقدمًا من قبل.

ولما كانت الوقائع التي قد ترىٰ المحكمة إثباتها بالتحقيق لا يدخل أفرادها تحت حصر وكثيرًا ما تخرج عن مجرد كون الخط المنسوب إلىٰ مدعي التزوير هو خطه فإن القانون لم يجد موجبًا للنص علىٰ تعيين الطريقة التي يجري بها التحقيق، كما فعل في تحقيق الخطوط بل ترك الأمر في ذلك إلىٰ القواعد الخاصة بكل طريقة من طرق التحقيق، لكنه مع ذلك لم يجد بدًّا من النص علىٰ أنه إذا اقتضت الحال أن يؤمر بالتحقيق بالمضاهاة فإن التحقيق يكون وفق الأوضاع والقواعد المقررة للتحقيق بالمضاهاة في الفرع الخاص بتحقيق الخطوط.

ولم يجد هذا القانون داعيًا للنص علىٰ وقف الدعوىٰ لسبب الادعاء بالتزوير، كما نص في المادة (155) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها: «يترتب علىٰ الطعن بتزوير الورقة إيقاف السير في الدعوىٰ إذا لم يكن للمدعي دليل آخر لإثباتها». ذلك لأن هذا الادعاء لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع في ذات موضوع الدعوىٰ. فالسير في تحقيقه لا يكون إلا من قبيل المضي في إجراءات الخصومة الأصلية، شأنه في ذلك شأن أية منازعة

عارضة كدفع مانع من قبول الدعوىٰ، أو كأية منازعة في واقعة من وقائعها يحتاج إثباتها إلىٰ تحقيق ويتوقف عليها الحكم. والحق أنه كلما كان الادعاء بالتزوير منتجًا في أصل النزاع فلا يتصور إمكان الحكم في الدعوىٰ قبل الفصل في أمر التزوير.

والواقع أن المبرر لعقد فرع خاص بالادعاء بالتزوير هو الاعتراف لبعض الأوراق بحجية خاصة، لا يكفي لدفعها مجرد إنكار الورقة، إلا أن رعاية هذه الحجية لا تقتضي تعطيل الدعوىٰ، ولا غل يد قاضيها بترك تسيير إجراءات التحقيق والعودة إلىٰ الموضوع لمشيئة الخصوم، وإنما يكفي فيها بعض أوضاع تكفل ألا يقدم علىٰ الادعاء بالتزوير إلا خصم جاد مثابر مستعد علىٰ الإثبات.

(مادة 125): ويجري التحقيق بشهادة الشهود وفقًا للقواعد المقررة لذلك.

(م (54) إثبات مصري، و(166) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وقد اقتصرت علىٰ التحقيق بالمضاهاة، و م (45) بينات سوري ونصها: «تقام البينة علىٰ التزوير بجميع طرق الإثبات». وتطبق أحكام المادتين (31) و(32) حين التحقيق في التزوير بالتطبيق (أي بالمضاهاة)، و(38) - (2) إثبات سوداني).

(مادة 126): الحكم بالتحقيق عملًا بالمادة (124) من هذا القانون يوقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية.

(م (55) إثبات مصري، و(46) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

يترتب علىٰ صدور الحكم بالتحقيق في الادعاء بالتزوير إيقاف صلاحية الورقة للتنفيذ؛ إذ إن المحكمة لا تحكم بالتحقيق عملًا بالمادة (124) من هذا القانون إلا إذا كان الادعاء بالتزوير منتجًا، ولم تكف وقائع الدعوىٰ ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة الورقة أو تزويرها، وإلا إذا رأت أن إجراء التحقيق نفسه منتجًا وجائزًا.

(مادة 127): إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه، أو برفضه حكم عليه

بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيهًا ولا تجاوز مائة جنيه.

ولا يحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه.

(م (56) إثبات مصري، و(171) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(47) بينات سوري في فقرتها الأولىٰ: «حكم عليه بغرامة نقدية من (100) إلىٰ (250) ليرة سورية، ولا يحول ذلك دون الحكم للفريق الآخر بالعطل والضرر إذا كان هناك سوء نية». أما الفقرة الثانية فمثل الفقرة الثانية (39) هنا. وإثبات سوداني).

(مادة 128): للمدعىٰ عليه بالتزوير إنهاء إجراءات الادعاء في أية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه.

وللمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه، إذا طلب مدعي التزوير ذلك لمصلحة مشروعة.

(م (57) إثبات مصري، و(162) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : يجوز للمدعىٰ عليه بالتزوير أن يوقف سير التحقيق فيه إذا أقر بأنه غير متمسك بالسند المدعىٰ التزوير فيه». و(48) بينات سوري، وقد أضيفت فيها فقرة ثالثة نصها: «ولها – أي للمحكمة – أن تقرر إتلاف الورقة، أو السند، أو شطبه كله أو بعضه، أو إصلاحه». و(40) إثبات سوداني).

(مادة 129): يجوز للمحكمة – ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة – أن تحكم برد أي محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوىٰ أنه مزور.

ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي ثبتت منها ذلك.

(م (58) إثبات مصري، و(169) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

(مادة 130): يجوز لمن يخشىٰ الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده

ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوىٰ أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة.

وتراعي المحكمة في تحقيق هذه الدعوىٰ والحكم فيها القواعد المنصوص عليها في هذا الفرع والفرع السابق عليه.

(م (59) إثبات مصري و(49) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

أجيز في هذه المادة دعوىٰ التزوير الأصلية، فأبيح لمن يخشىٰ الاحتجاج عليه بورقة مزورة عليه - أن يختصم من بيده الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها، وذلك بدعوىٰ أصلية وبالإجراءات المعتادة. وتراعي المحكمة في هذه الدعوىٰ وفي الحكم فيها القواعد المنصوص عليها في شأن الادعاء بالتزوير، وتحقيق الخطوط بقدر ما يتفق العمل بهذه القواعد مع طبيعة الدعوىٰ الأصلية.

❋ ❋ ❋

الباب الخامس

اليمـــين

حجيتها:

اليمين طريق من طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، والمقصود هنا يمين الخصم لا الشاهد، والسند في ذلك الأحاديث الآتية:

- **عن ابن عباس** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ **أن النبي** ﷺ **قال: «لو يعطىٰ الناس بدعواهم لادعىٰ ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه»**. متفق عليه. وللبيهقي بإسناد صحيح: «**البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من أنكر**».

(بلوغ المرام، رقم (1209)، ص (219)).

- وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ **عرض علىٰ قوم اليمين، فأسرعوا، فأمر أن يسهم بينهم في اليمين أيهم يحلف**. رواه البخاري.

(**قال الخطابي**: معنىٰ الاستهام هنا «الاقتراع». يريد أنهما يقترعان، فأيهما خرجت له القرعة حلف وأخذ ما ادعىٰ).

(بلوغ المرام، رقم (1210)، ص (219)).

- **وعن أبي أمامة أن رسول الله** ﷺ **قال: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار، وحرم عليه الجنة»**.

(بلوغ المرام رقم (1211)، ص (220)).

- **وعن الأشعث بن قيس** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ **أن رسول الله** ﷺ **قال: «من حلف علىٰ يمين يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر - لقي الله وهو عليه غضبان»**. متفق عليه.

(بلوغ المرام، رقم (1212)، ص (220)).

- وعن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي ﷺ رد اليمين علىٰ طالب الحق. رواهما الدارقطني، وفي إسنادهما ضعف (بلوغ المرام (1217) ص (221)).

(مادة 131): تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف: «أحلف بالله». ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة ، ولمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقًا للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك.

(م (1743) **من المجلة ونصها:** إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باسمه

تعالىٰ بقوله: والله. أو: بالله. مرة واحدة بدون تكرار، و(127) - (128) إثبات مصري، و(129) - (130) بينات سوري وفيها: «بأن يقول الحالف: والله». و م (79) - (6) و(2) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

أريد في هذه المادة بيان صيغة اليمين التي يؤديها الخصم.

والمقرر في الفقه الإسلامي أن اليمين تكون بالله عَزَّوَجَلَّ، وكذا بأي صفة من صفاته كالرحمن والرحيم.

والدليل علىٰ ذلك قوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليذر**». وقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**من حلف بغير الله فقد أشرك**».

وقد تؤكد اليمين بذكر أوصافه تعالىٰ، كأن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ما لفلان علي ولا قبلي هذا المال الذي ادعاه، وهو كذا وكذا ولا شيء منه. وذلك لأن أحوال الناس شتىٰ: فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك، وله أن يزيد علىٰ هذا إن شاء، وله أن ينقص منه. ولو أمر القاضي بعطف بعض أسماء الله علىٰ بعض فأتىٰ بواحدة ونكل عن الباقي - لا يقضي عليه بالنكول؛ لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتىٰ بها. ولو لم يغلظ جاز.

وقيل: لا يغلظ علىٰ المعروف بالصلاح ويغلظ علىٰ غيره.

وقيل: يغلظ في الخطير من المال دون الحقير.

ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ، ونكل عن التغليظ - لا يقضىٰ عليه بالنكول؛ لأن المقصود الحلف بالله تعالىٰ وقد حصل.

ولا يستحلف بالطلاق، ولا بالعتاق؛ لمخالفة ذلك للحديث. قال صاحب الهداية: وقيل في زماننا: إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك؛ لقلة المبالاة باليمين بالله، وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق، ولكن الظاهر أنه يراد بهذه اليمين (بالطلاق) التخويف وطمأنينة المدعي، ولكن لا يقضىٰ بالنكول فيها.

ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عَلَيْهِ السَّلَامُ.

(انظر: أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (248) - (252). وتبصرة الحكام، (1): (184) - (185). والكاساني، البدائع، (6): (227) - (228). وابن نجيم، البحر الرائق: (7): (213)).

والقاضي يعرض اليمين على المدعى عليه بأن يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاثًا، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه. فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات ولم يحلف قضى عليه بالنكول. وهذا التكرار لزيادة الاحتياط، والمبالغة في إبلاء الأعذار، فهو للاستحباب، والمذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز وهو الصحيح. والأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات، وصورة ذلك أن يقول القاضي للمدعى عليه: احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه، وهو كذا وكذا ولا شيء منه. فإن نكل يقل له ذلك ثانيًا، فإن نكل يقل له: بقيت الثالثة ثم أقضي عليك إن لم تحلف. ثم يقول له ثالثًا، فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعي.

(الهداية وشروحها. وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (239) - (240)).

(مادة 132): يعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها.

(م (204) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و م (1752) من المجلة، و(129) إثبات مصري، و(131) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

نص في المجلة في المادة (1752) على أنه: «تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة». وقد رئي الأخذ بما نص عليه في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في المادة (204) من أن الإشارة تعتبر إذا لم يكن الأخرس يعرف الكتابة، أما إن كان يعرف الكتابة فيكون حلفه ونكوله بالكتابة، فذلك أدق وأضبط كما في الإقرار: لا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة. (م (128) من لائحة ترتيب المحاكم

الشرعية).

(**مادة 133**): تجوز النيابة في التحليف، ولكن لا تجوز في اليمين.
ولا يجوز للوكيل في الخصومة طلب اليمين من الخصم الآخر إلا بتوكيل خاص.

(م (205) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و م (1745) من المجلة وقد اقتصرت علىٰ الفقرة الأولىٰ).

المذكرة الإيضاحية:

يجوز لمن ينوب عن صاحب الحق بوكالة أو وصاية أو ولاية - توجيه اليمين بواسطة القاضي إلىٰ المدعىٰ عليه. ولكن لا يجوز لواحد من هؤلاء أن يحلف بالنيابة عمن يقوم مقامه؛ إذ القاعدة هي أن النيابة تجري في الاستحلاف ولا تجري في الحلف، ووجهه ظاهر.

وعلىٰ ذلك إذا وجهت اليمين من المدعي إلىٰ أحد هؤلاء، فحلف - فلا يترتب علىٰ حلفه أو نكوله حكم، والواجب في هذه الحالة تحليف ذي الشأن الأصلي متىٰ كان أهلًا لأداء اليمين، وإلا كانت الحجة بالنسبة له قاصرة علىٰ بينة المدعي، لكن يجوز لكل واحد من هؤلاء أن يحلف علىٰ فعل نفسه من عقد أو تصرف باشره.

(أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (239)).

ولوكلاء الدعاوىٰ أن يحلفوا الأخصام إذا فوض الموكلون إليهم ذلك. أما إذا توجهت اليمين إلىٰ الموكل فإنه يلزمه أن يحلف هو نفسه. ومثل الوكيل الوصي، والمتولي، وأبو الصغير، فإنهم يملكون الاستحلاف ولا يحلف أحد منهم إلا إذا ادعي عليه العقد.

ومما يتفرع علىٰ هذا أنه إذا ادعىٰ أحد علىٰ الميت مالًا فله أن يحلف كل الورثة ولا يكتفي بيمين أحدهم؛ لأن النيابة لا تجري في الحلف ولو ادعىٰ الورثة مالًا لمورثهم علىٰ إنسان وحلف أحدهم المدعىٰ عليه عند القاضي - كفىٰ ذلك، وليس لبقية الورثة أن يحلفوه؛ لأن النيابة تجري في الاستحلاف.

(أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (258). والدر والتكملة)

(مادة 134): إذا حلف أحد علىٰ فعله يحلف علىٰ البتات. وإذا حلف علىٰ فعل غيره يحلف علىٰ عدم العلم.

(م (1748) من المجلة، وانظر م (115) إثبات مصري، و(411) مدني مصري، و(114) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

الضابط للتحليف: أنه إن كان علىٰ فعل نفسه فهو علىٰ البتات والقطع، كأن يحلف بالله ما اشترىٰ، أو ما باع... إلخ، وإن كان علىٰ فعل غيره يكون علىٰ العلم، كأن يحلف بالله ما يعلم أن علىٰ مورثه الدين الذي يدعيه فلان ولا شيء منه. وذلك لأنه إذا حلف علىٰ فعل غيره علىٰ البتات وهو لا يحيط علمًا بما فعل غيره - فربما يمتنع عن اليمين مع كونه محقًّا فيما يقول فيتضرر. فاكتفىٰ بتحليفه علىٰ العلم؛ رفعًا للحرج عنه حتىٰ إذا امتنع عن الحلف في هذه الحالة اعتبر نكوله عند أبي حنيفة بدلًا - أي تركًا - للخصومة، وعند الصاحبين إقرارًا - أي بدلًا - عن الإقرار وقائمًا مقامه. (أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (241) وما بعدها).

قالوا: ومع ذلك إذا جازف وحلف علىٰ البتات اعتبر يمينه؛ لأن البتات آكد من العلم، ولو تعين أن يحلف علىٰ البتات فحلف علىٰ العلم، لا يعتبر ذلك، ولا تسقط عنه اليمين. ووجهه ظاهر.

(انظر الهداية. وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (253)).

واليمين دائمًا تكون علىٰ النفي حتىٰ يتأتىٰ بها الاستيعاب، وهي إما علىٰ نفي الفعل، أو نفي العلم، وإما علىٰ نفي السبب، أو نفي الحكم. (أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (258) و(253) وما بعدها. و م (1749) من المجلة).

(مادة 135): لا يعتبر الحلف أو النكول إلا إذا كان أمام المحكمة.

(م (198) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و م (1444) و(1747) و(1751) من المجلة).

المذكرة الإيضاحية:

يشترط أداء اليمين أمام القاضي.

فإذا اصطلحا علىٰ أن يحلف عند غير القاضي، ويكون بريئًا - فهو باطل؛ لأن التحليف حق القاضي بطلب المدعي، فلا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضي.

وفي تبصرة الحكام ((1): (192)): «وإذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم يجزئه اليمين. وكذلك إذا بدر باليمين بحضور خصمه قبل أن يسأله ذلك، فإن لم يرض بها لم تجزه».

وفي القانون: اليمين إما أن تكون قضائية تؤدىٰ أمام القضاء، أو غير قضائية تؤدىٰ أن يتفق علىٰ تأديتها في غير مجلس القضاء. واليمين غير القضائية ليس لها أحكام خاصة بل تتبع في شأنها القواعد العامة، أما اليمين القضائية فهي المقصودة هنا، وهي التي تكون أمام المحكمة.

(انظر: السنهوري، الوسيط، جـ (2)، البند (265) ص (514) - (515)).

> **(مادة 136)**: إذا اجتمعت دعاوىٰ مختلفة، يكفي فيها يمين واحدة علىٰ جميعها، ولا يلزم التحليف لكل منها علىٰ حدة.

(م (202) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و م (1750) من المجلة).

المذكرة الإيضاحية:

تعرض هذه المادة لحالة ما إذا اجتمعت دعاوىٰ مختلفة، فالحكم في هذه الحالة أنه تكفي يمين واحدة عن الكل كما لو ادعىٰ عليه دراهم ودنانير وعروضًا وعقارًا مثلًا، وأنكر المدعىٰ عليه، وأراد تحليفه - فالقاضي يجمع الكل ويحلفه يمينًا واحدة.

(أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (257) - (258)، وانظر تبصرة الحكام (1): (192) - (193) و(194) - (195)).

> **(مادة 137)**: من افتدىٰ يمينه، أو صالح عنه بمقدار من المال - سقط حق المدعي في تلك اليمين.

المذكرة الإيضاحية:

من ادعىٰ علىٰ آخر مالًا فأنكره، فطلب يمينه فافتداها أو صالح عنها علىٰ مقدار من المال - جاز ذلك. والافتداء يكون بمال مثل المدعىٰ أو أقل منه، وأما الصلح عن اليمين فيكون علىٰ مال أقل من المدعىٰ في الغالب؛ لأن الصلح ينبئ عن الحطيطة، وكلاهما مشروع، وقد افتدىٰ عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يمينه.

وإذا افتدىٰ يمينه أو صالح عنها فقد سقط حق المدعي في تلك اليمين، فليس له أن ينقض ما حصل ويستحلف المدعىٰ عليه ثانيًا؛ لأن الساقط لا يعود.

(الهداية وشروحها. وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (257)).

(مادة 138): إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه، وطلب تحليف خصمه فحلف أو نكل حكم بمقتضىٰ الحلف أو النكول.

(م (197) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و م (1742) و(1751) من المجلة).

(**وانظر في اليمين الحاسمة:** م (112) و(113) بينات سوري، و(471) مدني عراقي، و(410) مدني مصري، و(114) إثبات مصري، و(75) إثبات سوداني، و(112) - (113) بينات سوري).

المذكرة الإيضاحية:

1- بعد تمام دعوىٰ المدعي يسأل القاضي المدعىٰ عليه عما قاله المدعي، فإن أقر المدعىٰ عليه بما قاله المدعي ألزمه القاضي بما أقر به، وإن أنكر سأل المدعي البينة، فإن عجز حلف المدعىٰ عليه بطلب المدعي، فإن حلف بقي المدعي في يده، ومنع المدعي من التعرض له، ويسمىٰ هذا قضاء ترك. وإن نكل قضىٰ عليه بما ادعاه المدعي قضاء استحقاق كما لو ثبت بالإقرار أو البينة.

إذا قال المدعي: لي بينة علىٰ دعواي. فإما أن تكون بينة حاضرة بمجلس القاضي، أو حاضرة بالمصر الذي فيه القاضي، أو غائبة عنه.

فإن كانت البينة غائبة عن المصر، وطلب المدعي يمين المدعىٰ عليه - أجابه القاضي إلىٰ طلبه اتفاقًا؛ تيسيرًا عليه وعلىٰ خصمه في رفع المئونة والانتظار.

وإن كانت البينة حاضرة بمجلس القاضي وطلب يمين خصمه - لا يجيبه القاضي إلىٰ طلبه بالاتفاق لارتفاع الحرج عن المتخاصمين بحضور البينة.

وإن كانت البينة حاضرة بالمصر وطلب يمين خصمه: فعلىٰ قول أبي حنيفة: لا يجيبه القاضي إلىٰ طلبه بل يكلفه إحضار البينة. وعلىٰ قول أبي يوسف: يجيبه إلىٰ طلبه، ولا يكلفه إحضار البينة. ومحمد مع أبي يوسف علىٰ رواية الحصاف، ومع أبي حنيفة علىٰ رواية الطحاوي كما في الهداية.

استدل أبو يوسف بقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من أنكر**». ومعلوم أن كلمة: «علىٰ» تفيد الوجوب، فالمنكر مستحق عليه اليمين، والمستحق لها هو المدعي، فاليمين إذن حق للمدعي علىٰ المدعىٰ عليه. وأظهر من هذا قوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**لك يمينه**». حيث أضاف إليه اليمين بلام الملك والاختصاص.

واستدل أبو حنيفة بقوله ﷺ للمدعي: «**ألك بينة؟**» فقال: لا. فقال: «**لك يمينه**». فقد ذكر اليمين بعدما عجز المدعي عن البينة، وهذا يدل علىٰ أن ثبوت حق المدعي في اليمين مرتب علىٰ عجزه عن إقامة البينة.

وإذا كانت البينة حاضرة بالمصر فكأنها كالحاضرة بمجلس القاضي، بجامع القدرة علىٰ إقامتها في كل.

وظاهر المادة (197) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التمشي مع قول أبي حنيفة؛ إذ جاء فيها ما نصه: «إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه أو اعتبر عاجزًا، وطلب تحليف خصمه فحلف أو نكل - حكم بمقتضىٰ الحلف أو النكول».

وإنما صارت اليمين حقًّا للمدعي؛ لأن المنكر قصد إتواء حقه علىٰ زعمه بالإنكار، فمكنه الشارع من إتواء نفسه باليمين الكاذبة، وهي الغموس، إن كان كاذبًا كما يزعم المدعي، وهذا أعظم من إتواء المال. فإن كان الحالف صادقًا حصل له الثواب بذكر اسم الله تعالىٰ علىٰ وجه التعظيم.

وإذا حلف القاضي المدعىٰ عليه بطلب المدعي، فحلف، فالمدعي لا يزال علىٰ دعواه، ولا يبطل حقه بيمين المدعىٰ عليه إلا أنه ليس له أن يخاصمه بعد ذلك ما لم يقم البينة علىٰ وفق دعواه، فإن وجد بينة أقامها وقضىٰ له بها، غير أن المدعي إذا كان قد

حصر شهوده، أو قال: لا بينة لي. فعلىٰ قول أبي حنيفة: لا تقبل منه البينة بعد ذلك؛ للتناقض الظاهر. وعلىٰ قول محمد: يجاب إلىٰ طلبه، وتسمع بينته؛ لأنه ربما كان له بينة في الواقع ولم يعرفها ثم عرفها أو نسيها ثم تذكر. ومذهب محمد هو الظاهر من الوجهة النظرية وعليه المتون، غير أن في العمل بقول أبي حنيفة إقفالًا لباب كبير من أبواب التزوير؛ فكان هو الأرجح من الوجهة العملية، وهو المختار في المجلة (انظر المادة (1753))، وفي اللائحة، غير أنه استثني في اللائحة شهادة الحسبة؛ لأنها من حقوق الله (انظر المادتين (191) و(196) منها، وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (231) - (235)).

2- واليمين على المدعى عليه لأحاديث كثيرة منها:

ما روىٰ البخاري ومسلم عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي ﷺ قضىٰ باليمين علىٰ المدعىٰ عليه.

وروىٰ أحمد ومسلم أن النبي ﷺ قال: «لو يعطىٰ الناس بدعواهم لادعىٰ أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه».

وأخرج البيهقي هذا الحديث بإسناد صحيح بلفظ: «البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من أنكر».

وروىٰ مسلم والترمذي عن وائل بن حجر: جاء رجل من حضرموت، ورجل من كندة، إلىٰ النبي ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا قد غلبني علىٰ أرض كانت لأبي. قال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق. فقال ﷺ للحضرمي: «**ألك بينة؟**» قال: لا. قال: «**فلك يمينه**». فقال: يا رسول الله، الرجل فاجر لا يبالي علىٰ ما حلف عليه وليس يتورع من شيء. قال: «**ليس لك منه إلا ذلك**». فانطلق ليحلف، فقال رسول الله ﷺ لما أدبر الرجل: «**أما لئن حلف علىٰ ماله ليأكله ظلمًا ليلقين الله وهو عنه معرض**».

فهذه الأحاديث وما في معناها تدل علىٰ أن البينة علىٰ المدعي، واليمين علىٰ المدعىٰ عليه.

وقد ذهب الجمهور وحملوا ما ورد في ذلك علىٰ عمومه في حق كل أحد، سواء أكان بين المدعي والمدعىٰ عليه اختلاط في المعاملة أم لا.

واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعي والمدعىٰ عليه اختلاط في المعاملة؛ لئلا يبتذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مرارًا، ولهم في ذلك استثناءات.

(انظر التبصرة، جـ (1)، ص (196) – (201)).

وقال الاصطخري من الشافعية: إن قرائن الحال إذا شهدت بكذب المدعي، لم يلتفت إليه.

(انظر: أحمد إبراهيم، طرق القضاء، (235) – (236). والسنهوري، الوسيط جـ (2) الهامش (2)، ص (524) – (525)).

وإذا برهن المدعي علىٰ دعواه، فطلب المدعىٰ عليه من القاضي أن يحلف المدعي علىٰ أنه محق في الدعوىٰ، أو علىٰ أن الشهود محقون في الشهادة – لا يجيبه القاضي إلىٰ ما طلب. قالوا: لأنه خلاف الشرع. (أحمد إبراهيم ص (259)).

هل يشترط طلب الخصم اليمين:

الدعوىٰ إما أن تكون من حقوق العباد أو من حقوق الله (أي دعوىٰ حسبة). فإن كانت من حقوق الله فالذي يوجه اليمين فيها إلىٰ المدعىٰ عليه هو القاضي؛ محافظة علىٰ حق الله تعالىٰ ولو لم يطلب المدعي ذلك منه (م (203) من اللائحة)، ويظهر ذلك في دعوىٰ الطلاق والعتق، وأشباه ذلك.

وأما إن كانت الدعوىٰ من حقوق العباد فالقاضي هو الذي يوجه اليمين إلىٰ المدعىٰ عليه، لكن بشرط طلب المدعي ذلك منه، فإن حلفه القاضي من تلقاء نفسه، أو حلفه المدعي بدون توجيه اليمين من القاضي – فالأحكام التي تبنىٰ علىٰ ذلك باطلة (انظر م (1747) من المجلة).

قال في تبصرة الحكام (جـ (1) ص (189)): «فصل: لا بد من حضور المحلوف له أو وكيله لتقاضي اليمين، فإن تغيب وكل القاضي من يقتضيها إذا ثبت عنده تغيبه، ولا يحلف القاضي المدعىٰ عليه إلا بسؤال خصمه، أو قرينة حال تدل علىٰ طلبه لذلك من القاضي. قاله المازري.

وقال فيها أيضًا ((1): (190)): «فصل: في حكم النكول عن اليمين – ونعني به نكول المدعىٰ عليه أو المدعي إذا توجهت عليه اليمين فنكل عنها –: ولا يثبت الحق

علىٰ المدعىٰ عليه بمجرد نكوله كمذهب أبي حنيفة بل لا بد مع نكوله من يمين المدعي، ويتم نكوله بقوله: لا أحلف. وكذلك قوله: أنا ناكل عن اليمين. أو بقوله للمدعي: احلف أنت. وأما تماديه علىٰ الامتناع من اليمين فإن كان مع نطقه بمثل هذه الألفاظ فلا إشكال، وإن كان بدون هذه الألفاظ، فهو يشبه الامتناع من الجواب، وقد تقدم حكم ذلك في القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوىٰ».

وأبو حنيفة يعتبر النكول بذلًا - أي تركًا للمنازعة (لا الهبة والتمليك) -. وعند الصاحبين: النكول إقرار أو قائم مقام الإقرار. (أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (240) وما بعدها.

وانظر تكملة فتح القدير، (6): (163) - (165)، والسنهوري، الوسيط، جـ (2) الهامش (4) ص (570)).

> **(مادة 139)**: إذا كلف القاضي من توجه إليه اليمين، في الدعاوىٰ المتعلقة بالمعاملات، باليمين ونكل عنها صراحة بقوله: لا أحلف. أو دلالة بالسكوت بلا عذر - حكم القاضي بنكوله، وإذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفت إليه ويبقىٰ الحكم علىٰ حاله.

(م (1751) من المجلة).

المذكرة الإيضاحية:

1- هل يفترض القضاء فور النكول - أي عقبه - بدون تراخ؟ في المسألة خلاف. قال في الدر: إنه لم ير في ذلك ترجيحًا. وفي تكملة الفتح أن فيه اختلافًا، ولم يذكر الترجيح أيضًا.

2- قضي عليه بالنكول، ثم أراد أن يحلف فلا يلتفت إليه، والقضاء علىٰ حاله؛ لأنه أبطل حقه بالنكول فلا ينقض القضاء. وإنما قيدنا بالقضاء؛ لأنه لو نكل ثم أراد أن يحلف بعد نكوله قبل القضاء - جاز ذلك وقبل منه؛ لأن النكول لا يصير حجة ملزمة إلا إذا اتصل به القضاء، ولو كان حلفه بعد العرض ثلاثًا - وهذه جهة أخرىٰ - لضعف النكول؛ لأن المدعىٰ عليه يملك إبطاله قبل القضاء مع أنه لا يملك إبطال الإقرار

الصادر عنه.

3- أما لو قضي عليه بالنكول، ثم جاء المدعي بالبينة - فإنه يقضي بها كما يقضي بها بعد الإقرار، وفائدة قبولها بعد لزوم حق المدعي بالقضاء - تعدية الحكم إلىٰ غيره.

4- لو ادعىٰ علىٰ آخر دينًا مؤجلًا فأنكر، لا يحلف علىٰ الدين المؤجل في أظهر القولين، وعلله الحموي بأنه قبل حلول الأجل لا تسوغ له المطالبة به حتىٰ يترتب علىٰ إنكاره التحليف.

(أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (247) - (248)).

وقال في التبصرة ((1): (191)): «وإذا تم نكوله بالنطق أو الامتناع من اليمين علىٰ ما تقدم، ثم قال بعد ذلك: أنا أحلف. لم يقبل منه، ولم يلزم ذلك خصمه، إلا أن يشاء، وهذا مثل من قام له شاهد بحق وأبىٰ أن يحلف معه ورد اليمين علىٰ المطلوب، ثم بدا له وأراد أن يحلف فليس له ذلك».

(مادة 140): يجب علىٰ من يوجه إلىٰ خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها، ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة.

(م (122) إثبات مصري، و(76) - (1) إثبات سوداني، و م (198) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها: «يجب علىٰ المحكمة أن تبين في محضرها الوقائع التي يستحلف الخصم عليها. وعلىٰ من توجهت عليه أن يحلف كما قررت المحكمة»).

(مادة 141): للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم، بحيث توجه بوضوح ودقة علىٰ الواقعة المطلوب الحلف عليها.

(م (123) إثبات مصري، و(77) - (1) إثبات سوداني، و م (198) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وتقدم نصها).

(مادة 142): إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها

بالدعوىٰ - وجب عليه إن كان حاضرًا بنفسه أن يحلفها فورًا، وإلا اعتبر ناكلًا. ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادًا للحلف إذا رأت لذلك وجهًا. فإن لم يكن حاضرًا وجب تكليفه علىٰ يد محضر الحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة، وفي اليوم الذي حددته، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر - اعتبر ناكلًا كذلك.

(م (124) إثبات مصري، و(200) - (3) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(126) بينات سوري، و(78) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

أخذ في هذه المادة بمذهب أبي حنيفة، بعدم رد اليمين، خلافًا لمن يقول بردها، أو بردها في بعض الأحوال وعدم ردها في البعض الآخر. (ابن القيم، الطرق الحكمية، ص (116) وما بعدها، وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (263) - (269)). والقانون يأخذ برد اليمين. (راجع المواد المشار إليها فيما سبق).

(**مادة 143**): إذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوىٰ، ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه - بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضرًا بنفسه، ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة.

(م (125) إثبات مصري، و(127) بينات سوري).

(**مادة 144**): إذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور - انتقلت المحكمة، أو ندبت أحد قضاتها لتحليفه.

(م (126) إثبات مصري، و(200) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وأضافت: «بحضور الخصم الآخر». و(128) بينات سوري، مع إضافة: «ويحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب». و(81) إثبات سوداني».

(مادة 145): يحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب.

(م (130) إثبات مصري، وعجز (128) بينات سوري، و(199) و(206) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية).

❋ ❋ ❋

الباب السادس

القـرائـــــــن

تمهيد:

تنقسم القرائن إلىٰ قرائن شرعية وقرائن قضائية، والأولىٰ ما نص عليه الشارع أو استنبطه أئمة الشريعة باجتهادهم، والثانية ما يستنبطه القاضي من الحادثة التي ينظرها وما يكتنفها.

القرينة الشرعية:

يعرف الشرع الإسلامي القرائن الشرعية (القانونية) ومنها:

- ثبوت نسب الولد من أبيه وهو الزوج شرعًا، فالولد للفراش، وقيام الزوجية قرينة علىٰ أن الولد من الزوج. وهذه القرينة تقبل إثبات العكس. ولكن بطريق خاص وهو طريق اللعان.
- الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه، واتخاذ ذلك قرينة علىٰ موته.
- التصرف في مرض الموت قرينة علىٰ أن التصرف وصية.
- تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة علىٰ سوء قصده.
- وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة علىٰ إيفاء الدين.

(انظر: أحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص (427) - (430)، والسنهوري، الوسيط جـ (2) الهامش (1) ص (600) - (601). وابن فرحون، تبصرة الحكام، جـ (1) ص (202) وجـ (2) ص (111). وابن القيم، الطرق الحكمية، ص (3) وما بعدها و(46) وما بعدها).

(مادة 146): القرينة الشرعية تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرىٰ من طرق الإثبات، علىٰ أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

(م (404) مدني مصري، و(99) إثبات مصري، و(502) مدني عراقي، و(89) بينات سوري، و(67) إثبات سوداني).

المذكرة الإيضاحية:

1- يتناول هذا النص حجية القرائن الشرعية ويورد بشأنها قاعدتين: الأولىٰ: تتعلق

بمن تقرر القرينة لمصلحته. **والثانية:** تتعلق بمن يحتج عليه بالقرينة.

2 - **القاعدة الأولىٰ:** لا يعدو موقف من يتمسك بقرينة عن مجرد الاستناد إلىٰ واقعة شرعية يفترض القانون قيامها، ويقيل بذلك من تحمل عبء إقامة الدليل عليها، بيد أن هذه الإقالة لا تتناول إلا تلك الواقعة ممثلة في القرينة الشرعية ذاتها، بمعنىٰ أن من واجب من يتمسك بقرينة من القرائن أن يقيم الدليل علىٰ اجتماع الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها.

3- **القاعدة الثانية:** يفرق الفقه - بالنسبة لحجية القرائن - بين القرائن القاطعة أو المطلقة، وهي التي لا يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس، وبين القرائن البسيطة، وهي التي يجوز إسقاط دلالتها بإقامة الدليل العكسي. ويفرق الفقه كذلك بين إثبات العكس بالإقرار باليمين، وبين إثبات العكس بسائر الطرق القانونية كالكتابة والبينة والقرائن وغيرها.

ويراعىٰ أن هذه القاعدة الثانية تقضي - وفقًا لهذا النص - بأن الأصل في القرينة هو جواز إثبات العكس، والاستثناء هو عدم جواز ذلك.

(مادة 147):

1- الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم، وتتعلق بذات الحق محلًا وسببًا.

2- وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها.

(م (405) مدني مصري، و م (101) إثبات مصري، و(1840) من المجلة).

المذكرة الإيضاحية:

1- تتصل حجية الشيء المقضي به بآثار الأحكام. ولم تقتصر هذه المادة علىٰ إقامة قرينة الحجية دون جواز قبول أي دليل لنقضها، بل تناولت أيضًا موضوع هذه الحجية وشروطها. وهذا هو منحىٰ بعض التقنينات الأجنبية. علىٰ أن التقنين البرتغالي لا يدرج

حجية الشيء المقضي به في عداد القرائن، بل يدخلها في نطاق الأدلة الكتابية. والواقع أن حجية الشيء المقضىٰ به تنطوي علىٰ معنىٰ الدليل، وإن كانت قاعدة من قواعد نظام القضاء، ولذلك رئي إبقاء النص الخاص بها في هذا المشروع بين النصوص الخاصة بالقرائن الشرعية، علىٰ غرار ما هو متبع في أكثر التقنينات.

2- وقوام حجية الشيء المقضي به هو ما يفرضه القانون من صحة مطلقة في حكم القاضي، فهذه الحجية تفترض تنازعًا بين المصالح يستتبع الترافع إلىٰ القضاء، وليس شك في أن صحة الحكم لا تعتبر حتمًا تقتضيه طبيعة الأشياء، ذلك أن القضاة تعوزهم العصمة شأنهم في هذه الناحية شأن البشر كافة. بيد أن المشروع أطلق قرينة الصحة في حكم القاضي. فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المقضي به.

ويرمي الشارع من وراء تقرير حجية الشيء المقضي به إلىٰ كفالة حسن سير العدالة وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية. فحكم القضاء يجب أن يضع حدًّا لكل نزاع ما دامت طرق الطعن المقررة قد استنفدت بإزائها ويجب كذلك أن تكون بمأمن من التعارض مع حكم لاحق - وهو أمر يصبح يسير الوقوع لو أبيح عود الخصوم أنفسهم إلىٰ عين الدعوىٰ التي قضىٰ فيها نهائيًّا.

3- وينحصر أثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشيء المقضي به في تخويل الخصوم حق الدفع بسبق الفصل، وفي تخويل المحاكم حق إثارته من تلقاء نفسها - ويراعىٰ أن هذا الدفع يعتبر دفعًا قطعيًّا بعدم القول، يترتب عليه «امتناع التقاضي بالنسبة لكل طلب أو ادعاء جديد بين الخصوم أنفسهم متىٰ اتحد مع ما سبق الفصل فيه سببًا وموضوعًا». وعلىٰ هذا النحو يمتنع علىٰ الخصوم الترافع إلىٰ القضاء لإعادة طرح نزاع سبق الفصل فيه.

4- وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من هذه المادة فإن المراد أن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوىٰ، أو بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها إذا كانت الدعوىٰ قد رفعت بعد سابقة صدور حكم في موضوعها مع وحدة الخصوم والسبب.

وينبني علىٰ ذلك أنه لا يجوز للخصم أن يتنازل عن الحكم الصادر لمصلحته، إلا إذا تنازل عن الحق الثابت بهذا الحكم، وانتهىٰ بهذا التنازل النزاع الذي تناوله الحكم.

(مادة 148): لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريًّا.

(م (406) مدني مصري، و(102) إثبات مصري، و م (1840) مجلة).

المذكرة الإيضاحية:

1- إن حجية الأحكام الجنائية تنطوي علىٰ معنىٰ الإطلاق من ناحية، ومعنىٰ الاقتصار من ناحية أخرىٰ:

(أ) فهي مطلقة بمعنىٰ أن ما تقضي به المحاكم الجنائية يكون ملزمًا للكافة. وذلك اتقاءً لتعارض الأحكام.

(ب) وهي قاصرة بمعنىٰ أن نطاق إلزامها لا يجاوز ما قضي به فعلًا، أي ما فصل فيه الحكم. ففي حالة عدم الحكم بعقوبة يجوز للقاضي المدني أن يحكم علىٰ المتهم بالتعويض، دون أن ينطوي حكمه هذا علىٰ تعارض مع الحكم الجنائي. فالواقع أن عدم القضاء بالعقوبة قد يرجع إلىٰ انقضاء الدعوىٰ العمومية بموت المتهم، أو بالتقادم، أو بالعفو الشامل، وإزاء ذلك لا يحكم القاضي بالعقوبة لتوافر هذا السبب أو ذاك، دون أن يفصل في الواقعة التي أسست عليها الدعوىٰ الجنائية. وما دام القاضي الجنائي قد اقتصر علىٰ الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلىٰ المتهم - يمتنع توقيع عقوبة بشأنها، فللقاضي المدني - والحالة هذه - أن يقضي بالتعويض، دون أن يعارض بذلك ما قضىٰ به جنائيًّا، وأن يؤسس قضاءه علىٰ الواقعة نفسها، بوصفها تقصيرًا مدنيًّا وقع من المتهم. ثم إن الحكم بالبراءة قد لا ينفي قيام التقصير المدني أيضًا؛ إذ ليس ثمة تلازم بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية. فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوىٰ العمومية علىٰ فعل معين لا يستتبع مسئولية جنائية، ولكنه يستتبع مسئولية مدنية. وفي هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية في المسئولية الجنائية وحدها، وتقضي بالبراءة، ولو أن الواقعة التي فصلت فيها أو وقائع أخرىٰ لم تنظر فيها قد تكون أساسًا لدعوىٰ مدنية - فيجوز مثلًا أن يبرأ المتهم من جريمة مخالفة قواعد المرور، مع الحكم عليه بالتعويض عن تقصير مدني لا يصدق عليه وصف الجريمة. فإذا اقتصر القاضي الجنائي علىٰ الفصل في أن الواقعة المنسوبة

إلىٰ المتهم لا تعتبر جريمة - جاز للقاضي المدني أن يقضي بالتعويض دون أن يناقض بذلك ما قضىٰ به جنائيًّا.

2- فالشرط الجوهري في انتفاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة، أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة، أمام المحاكم المدنية - هو اقتصار القاضي الجنائي علىٰ الفصل في الواقعة الجنائية دون الفصل في نسبتها. ويتحقق هذا الشرط متىٰ قضىٰ الحكم بأن الواقعة لم يعد وجه لاستيفاء العقوبة بشأنها، أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة). ولكن لو فرض أن القاضي أسس البراءة علىٰ نفي نسبة الواقعة إلىٰ المتهم - كان لحكمه قوة الشيء المقضي به بشأن هذه النسبة، وتعين علىٰ القاضي المدني أن يفصل طبقًا لهذا القضاء.

القرينة القضائية:

(مادة 149): يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون. ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة.

(م (407) مدني مصري، و(1740) - (1741) من المجلة).

المذكرة الإيضاحية:

1- يقوم الإثبات بالقرائن غير المقررة في القانون علىٰ تفسير القاضي؛ لما هو معلوم من الأمارات والوقائع تفسيرًا عقليًّا لتكوين اعتقاده، من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التي يراد إقامة الدليل عليها من مقومات هذا المعلوم.

2- شروط قبول الإثبات بالقرائن:

ويرد الإثبات بالقرائن في المرتبة الثانية، ولذلك نص علىٰ أنه: «لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة». ويتفرع علىٰ ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالشهادة - تسري علىٰ القرائن دون استثناء.

3- حجية القرائن:

وللقاضي كل السلطة في تقدير حجية القرائن، علىٰ أن إجماع الفقه قد انعقد علىٰ أن القاضي لا يتقيد بعدد القرائن، ولا بتطابقها، فقد تجزئ قرينة واحدة متىٰ توافرت علىٰ قوة

الإقناع.

❁ ❁ ❁

الباب السابع

المعـــاينـــــة

(مادة 150): للمحكمة - من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب أحد الخصوم - أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه، أو أن تندب أحد قضاتها لذلك. وتحرر المحكمة أو القاضي محضرًا تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وإلا كان العمل باطلًا.

(م (131) إثبات مصري، و(207) و(209) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية مع عدم ذكر البطلان، و(134) بينات سوري ونصها:

1- يجوز للمحكمة أن تقرر - من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب أحد الخصوم - معاينة المتنازع فيه بجلبه إلىٰ المحكمة، أو الانتقال إليه، ولها أن تنتدب أحد قضاتها لهذه الغاية.

ويذكر في القرار الصادر في هذا الشأن موعد المعاينة.

2- ولها أن تنيب عنها في ذلك المحكمة التي يقع في منطقتها الشيء المتنازع فيه. وفي هذه الحالة يبلغ قرار الإنابة إلىٰ رئيس هذه المحكمة، ويتضمن جميع البيانات المتعلقة بالخصوم وموضوع المعاينة.

و م (137) **ونصها**:

«1 - يحرر محضر بالأعمال المتعلقة بالمعاينة ويودع إضبارة الدعوىٰ.

2- وإذا عهد بالمعاينة إلىٰ محكمة أخرىٰ بطريق الإنابة - وجب علىٰ هذه المحكمة أن توافي المحكمة التي قررت المعاينة بمحضرها».

و م (84) **إثبات سوداني ونصها**:

«1 - للمحكمة - من تلقاء نفسها، أو بناءً علىٰ طلب أحد الخصوم - أن تقرر الانتقال لمعاينة الشيء المتنازع فيه.

2- تحرر المحكمة محضرًا تبين فيه جميع ملاحظاتها، دون أن تثبت انطباعاتها عن المعاينة أو رأيها الخاص»).

(مادة 151): للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال - تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة، ولها وللقاضي المنتدب سماع من يرىٰ سماعه من الشهود،

وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويًا من كاتب المحكمة.

(م (132) إثبات مصري، و(210) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها:
«يجوز للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها تعيين أهل خبرة للاستعانة به في المعاينة»،

و م (136) بينات سوري ونصها: «للمحكمة أو القاضي الذي انتدب للمعاينة، وللمحكمة المنابة لهذه الغاية تعيين خبراء يتولون القيام بمهمتهم على الفور، أو سماع من يكون سماعه ضروريًا من الشهود». و م (85) إثبات سوداني ونصها:
«للمحكمة تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة، ولها كذلك سماع من ترى لزومًا لسماعه من الشهود. وتكون دعوة هؤلاء للحضور بالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة».

(مادة 152): يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء - أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة، وتراعى في هذه الحالة الأحكام المبينة في المواد السابقة.

(م (133) إثبات مصري).

(مادة 153): يجوز للقاضي في الحالة المبينة في المادة السابقة، أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين. وعندئذٍ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله. وتتبع القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بالخبرة.

(م (134) إثبات مصري).

الباب الثامن

الخبـــــــرة

المذكرة الإيضاحية:

للخبرة سندها في الفقه الإسلامي، وفيما يلي بعض أقوال الفقهاء في أهل الخبرة، وكذا في القافة وهي تطبيق للاستعانة بأهل الخبرة.

قال في تبصرة الحكام، (2): (74)، (76)، (77)، (78)، (79):

«**في القضاء يقول أهل المعرفة:** ويجب الرجوع إلىٰ أقوال أهل البصر، ومعرفة النخاسين في معرفة عيوب الرقيق من الإماء والعبيد».

ص (76): تنبيه: في شهادة عرفاء البنيان والقسام في عيوب الدار.

ص (77): فصل في اختلاف أهل المعرفة.

ص (78): ويرجع إلىٰ أهل المعرفة في عيوب الدور، وما فيها من الصدوع والشقوق وسائر العيوب. فرع: ويرجع إلىٰ أهل المعرفة من التجار في تقويم المتلفات وعيوب الثياب. فرع: ويرجع إلىٰ أهل المعرفة والنساء في عيوب الفرج، وفي عيوب الجسد مما لا يطلع عليه الرجال. فرع: ويرجع إلىٰ أهل المعرفة بالجوائح وما ينقص من الثمار. فرع: وكذلك يرجع إلىٰ أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الإنسان علىٰ جاره، أو في الطرقات، وأنواع ذلك».

وقال ابن القيم في الطرق الحكمية ص (128): «ومنها ما يختص بمعرفة أهل الخبرة والطب، كالموضحة وشبهها، وداء الحيوان الذي لا يعرفه إلا البيطار، فيقبل في ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد إذا لم يوجد غيره. نص عليه أحمد». وكذا المغني (12): (161) وعند ابن القيم أيضًا ص (10): «ومن ذلك حكم رسول الله ﷺ وخلفائه من بعده رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بالقافة، وجعلها دليلًا من أدلة ثبوت النسب، وليس هاهنا إلا مجرد الأمارات والعلامات». وكذلك ص (216) – (236).

وتبصرة الحكام، (2): (108) – (111): «الباب التاسع والستون: في القضاء بالقافة».

وقد وردت الاستعانة بأهل الخبرة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون نمرة (31) لسنة 1910 في الفصل الثامن من الباب الثالث، وعنوانه «في أهل الخبرة» في المواد من (211) إلىٰ (241)، ونص في المادة (211) أنه: «إذا رأت المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة – عينت واحدًا أو ثلاثة ممن تثق بهم».

وفي المادة (240) أنه: «لا تكون المحكمة مقيدة برأي أهل الخبرة». ثم نقل ذلك إلىٰ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم (78) لسنة 1931 في الفصل الثامن من الباب الثالث، تحت عنوان «في أهل الخبرة» في المواد من (211)إلىٰ (241).

(مادة 154):

للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة، ويجب أن تذكر في منطوق حكمها:

(أ) بيانًا دقيقًا لمأمورية الخبير، والتدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها.

(ب) الأمانة التي يجب إيداعها خزانة المحكمة؛ لحساب مصروفات الخبير وأتعابه، والخصم الذي يكلف إيداع هذه الأمانة، والأجل الذي يجب فيه الإيداع والمبلغ الذي يجوز للخبير سحبه لمصروفاته.

(ج) الأجل المضروب لإيداع تقرير الخبير.

(د) تاريخ الجلسة التي تؤجل إليها القضية للمرافعة في حالة إيداع الأمانة، وجلسة أخرىٰ أقرب منها لنظر القضية في حالة عدم إيداعها.

(هـ) وفي حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوىٰ قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير تقريره طبقًا للإجراءات المبينة في المادة (171).

(م (135) إثبات مصري، و(211) و(214) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(138) و(140) بينات سوري، و(86) – (1) و(87) إثبات سوداني).

(مادة 155): إذا اتفق الخصوم علىٰ اختيار خبير أو ثلاثة أقرت المحكمة اتفاقهم.

وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها، إلا إذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة. وعليها حينئذٍ أن تبين هذه الظروف في الحكم.

وإذا كان الندب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعي أو أحد الخبراء الموظفين

- وجب علىٰ الجهة الإدارية فور إخطارها بإيداع الأمانة - تعيين الشخص الخبير الذي عهد إليه بالمأمورية، وإبلاغ المحكمة بهذا التعيين، ويجري في حقه حكم المادة (160).

(م (136) إثبات مصري، و(139) بينات سوري، و(86) - (1) إثبات سوداني).

(مادة 156): إذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف إيداعها ولا من غيره من الخصوم - كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية، وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذي لم يقم بدفع الأمانة في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت أن الأعذار التي أبداها لذلك غير مقبولة.

(م (137) إثبات مصري، و م (143) بينات سوري ونصها: «إذا لم يودع من كلف من الخصوم المبلغ الواجب إيداعه خلال المهلة المعينة وفقًا لأحكام المادة (140) - جاز للخصم الآخر أن يقوم بإيداع هذا المبلغ دون إخلال بحقه في الرجوع علىٰ خصمه».

و م (95) إثبات سوداني ونصها:

«(1) تقدر المحكمة أتعاب الخبير ومصروفاته، مراعية في ذلك أهمية الدعوىٰ والأعمال التي قام بها والزمن الذي استغرقه في أداء المهمة، ويلزم بها الخصم الذي طلب ندب الخبير، أو كان ندبه في مصلحته وبعد الحكم في الدعوىٰ تدخل في مصروفاتها ويلزم من يقضي الحكم بإلزامه بها.

(2) يجوز للمحكمة - عند أمرها بإجراء الخبرة - أن تكلف الخصم الذي طلب ندب الخبير، أو الذي كان ندبه في مصلحته أن يودع خزانة المحكمة مبلغًا تقدره لحساب أتعاب ومصروفات الخبير»).

(مادة 157): في اليومين التاليين لإيداع الأمانة يدعو قلم الكتاب الخبير - بكتاب مسجل - ليطلع علىٰ الأوراق المودعة ملف الدعوىٰ بغير أن يتسلمها، ما لم تأذن له المحكمة أو الخصوم في ذلك وتسلم إليه صورة من الحكم.

(م (138) إثبات مصري، و(144) – (1) و(2) بينات سوري، وفيها: أن الذي يدعو هو «القاضي المنتدب».

(**مادة 158**): إذا كان الخبير غير مقيد اسمه في الجدول، وجب أن يحلف أمام قاضي الأمور الوقتية – وبغير ضرورة حضور الخصوم – يمينًا أن يؤدي عمله بالصدق والأمانة، وإلا كان العمل باطلًا.

(م (139) إثبات مصري، و م (144) – (3) بينات سوري: «ويتعين علىٰ الخبير قبل البدء في مهمته أن يؤدي أمام القاضي المنتدب يمينًا بأن يقوم بها بأمانة وصدق. ولا ضرورة لحضور الخصوم عند أداء اليمين ولا لإبلاغ محضر أدائها». و(89) إثبات سوداني: «علىٰ الخبير أن يحلف أمام المحكمة – قبل مباشرة مهمته – يمينًا بأن يؤدي عمله بالصدق والأمانة»).

(**مادة 159**): للخبير خلال خمسة الأيام التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب – أن يطلب إعفاءه من أداء مأموريته، ولرئيس الدائرة التي عينته أو القاضي الذي عينه أن يعفيه منها، إذا رأىٰ أن الأسباب التي أبداها لذلك مقبولة.

ويجوز في الدعاوىٰ المستعجلة أن تقرر المحكمة في حكمها نقض هذا الميعاد.

فإذا لم يؤد الخبير مأموريته، ولم يكن قد أعفي من أدائها – جاز للمحكمة التي ندبته أن تحكم عليه بكل المصروفات التي تسبب في إنفاقها بلا فائدة، وبالتعويضات إن كان لها محل، وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية.

(م (140) إثبات مصري، و(145) – (1) و(2) بينات سوري وتقابلان الفقرتين (1) و(2) من هذه المادة دون الفقرة الثالثة).

(**مادة 160**):

يجوز رد الخبير:

(أ) إذا كان قريبًا أو صهرًا لأحد الخصوم إلىٰ الدرجة الرابعة، أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوىٰ أو مع زوجته، ما لم تكن هذه الخصومة

قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده.

(ب) إذا كان وكيلًا لأحد الخصوم في أعماله الخاصة، أو وصيًّا عليه، أو قيمًا، أو مظنونة وراثته له بعد موته، أو كان له صلة قرابة، أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم، أو بالقيم عليه، أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة، أو بأحد مديريها، وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوىٰ.

(ج) إذا كان له، أو لزوجته، أو لأحد أقاربه، أو أصهاره علىٰ عمود النسب، أو لمن يكون هو وكيلًا عنه أو وصيًّا أو قيمًا عليه - مصلحة في الدعوىٰ القائمة.

(د) إذا كان يعمل عند أحد الخصوم، أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته، أو كان قد تلقىٰ منه هدية، أو كان بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز.

(م (141) إثبات مصري، ومادة (217) و(218) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ونص الأولىٰ م (217): «لا يقبل من أحد الخصوم رد أهل الخبرة المعينين بانتخابهم، إلا إذا كان سبب الرد حادثًا بعد التعيين». ونص الثانية م (218): «يجوز رد أهل الخبرة إذا كان ممن لا تقبل شهادته شرعًا لأحد الخصوم». و(146) بينات سوري، ونصها: «يجوز رد الخبراء للأسباب التي تبرر رد القضاة».

(مادة 161): يحصل طلب الرد بتكليف الخبير الخصوم أمام المحكمة أو القاضي الذي عينه، وذلك في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ الحكم بتعيينه إذا كان هذا الحكم قد صدر بحضور طالب الرد، وإلا ففي الثلاثة الأيام التالية لإعلان منطوق الحكم إليه.

(المادة (142) إثبات مصري، و(218) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «يجب أن يفصل في رد أهل الخبرة في أول جلسة إلا لسبب يقتضي التأخير، ويذكر في المحضر». و م (147) - (1) بينات سوري).

(مادة 162): لا يسقط الحق في طلب الرد إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد ذلك

الميعاد، أو إذا قدم الخصم الدليل علىٰ أنه لم يعلم بها إلا بعد انقضائه.

(م (143) إثبات مصري، و م (217) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «لا يقبل من أحد الخصوم رد أهل الخبرة المعينين بانتخابهم، إلا إذا كان سبب الرد حادثًا بعد التعيين». و م (147) - (2) و(3) بينات سوري: «... (2) لا يسقط الحق في طلب الرد إذا كانت أسبابه قد جدت بعد المدة المذكورة، أو إذا قدم الخصم طالب الرد الدليل علىٰ أنه لم يعلم بتلك الأسباب إلا بعد انقضائها. (3) ولا يقبل طلب الرد في حق من يختاره الخصوم من الخبراء، إلا إذا كان سبب الرد قد جد بعد أن تم الاختيار»).

(**مادة 163**): لا يقبل من أحد الخصوم طلب رد الخبير المعين بناءً علىٰ اختيارهم، إلا إذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه.

(م (144) إثبات مصري، و(217) لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و(147) - (3) بينات سوري).

(**مادة 164**): يحكم في طلب الرد علىٰ وجه السرعة، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيه بأي طريق. وإذا رفض طلب الرد حكم علىٰ طالبه بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات، ولا تزيد علىٰ عشرين جنيهًا.

(م (145) إثبات مصري، و(219) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «يجب أن يفصل في رد أهل الخبرة في أول جلسة، إلا لسبب يقتضي التأخير، ويذكر ذلك في المحضر». و(148) بينات سوري: «1 - يفصل علىٰ وجه السرعة في طلب الرد في أول جلسة بعد تقديمه. 2 - ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في هذا الطلب بأي طريق». و م (86) - (2)إثبات سوداني: «إذا اعترض أحد الخصوم علىٰ شخص الخبير الذي عينته المحكمة - فصلت في الاعتراض علىٰ أساس ما تراه محققًا للعدالة بحكم غير قابل لأي طعن».

(**مادة 165**): علىٰ الخبير أن يحدد لبدء عمله تاريخًا لا يجاوز الخمسة عشر يومًا

التالية للتكليف المذكور في المادة (158)، وعليه أن يدعو الخصوم بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام علىٰ الأقل، يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته.

وفي حالات الاستعجال: يجوز أن ينص في الحكم علىٰ مباشرة العمل في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور علىٰ الأكثر، وعندئذٍ يدعىٰ الخصوم بإشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة علىٰ الأقل. وفي حالات الاستعجال القصوىٰ يجوز أن ينص في الحكم علىٰ مباشرة المأمورية فورًا، ودعوة الخصوم بإشارة برقية للحضور في الحال.

ويترتب علىٰ عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير.

(م (146) إثبات مصري، و م (221) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها: «بعد اطلاع الخبير علىٰ قرار تعيينه يحضر في اليوم نفسه أمام رئيس المحكمة، أو من يقوم مقامه عند غيابه؛ لتحديد الميعاد الذي يباشر فيه ما تعين له، ويكتب محضرًا بذلك. وعلىٰ الخبير إعلان من لم يكن حاضرًا من الخصوم بالميعاد المذكور». و م (149) بينات سوري ونصها: «1 - إذا لم يطلب الخبير إعفاءه ولم يرد، وجب علىٰ القاضي المنتدب أن يعين تاريخًا قريبًا لبدء أعمال الخبرة، علىٰ أن لا يتجاوز هذا التاريخ الثمانية أيام التالية لانقضاء المهلة التي يجوز فيها طلب رد الخبير، أو لصدور حكم برفض طلب الرد. 2 - ويدعو القاضي المنتدب الخبير والخصوم قبل الموعد المعين بأربع وعشرين ساعة علىٰ - الأقل عدا مهل المسافة - بمذكرة ترسل بواسطة ديوان المحكمة، تتضمن بيان مكان أول اجتماع واليوم والساعة اللذين سينعقد فيهما، ويقرر اتخاذ كل إجراء من شأنه تيسير العمل وضبطه. 3 - ويباشر الخبير عمله - ولو في غيبة الخصوم - متىٰ كانوا قد دعوا علىٰ الوجه الصحيح». و م (90) إثبات سوداني: «يباشر الخبير عمله ولو تغيب الخصوم بعد دعوتهم علىٰ الوجه الصحيح»).

(مادة 166): يجب علىٰ الخبير أن يباشر أعماله، ولو في غيبة الخصوم متىٰ كانوا قد دعوا علىٰ الوجه الصحيح.

(م (147) إثبات مصري، و م (221) - (2) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «وعلىٰ الخبير إعلان من لم يكن حاضرًا من الخصوم بالميعاد المذكور» و م (222): «علىٰ الخصوم أو وكلائهم أن يحضروا مع أهل الخبرة وقت مباشرة العمل فإن لم يحضروا أو أحدهم فلأهل الخبرة مباشرة العمل في حالة الغيبة، وكان عملهم حينئذٍ معتبرًا»، و م (149) - (3) بينات سوري: «ويباشر الخبير عمله ولو في غيبة الخصوم متىٰ كانوا قد دعوا علىٰ الوجه الصحيح». و م (90) إثبات سوداني: «يباشر الخبير عمله ولو تغيب الخصوم بعد دعوتهم علىٰ الوجه الصحيح»).

(مادة 167): يسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم، ويسمع - بغير يمين - أقوال من يحضرونهم أو من يرىٰ هو سماع أقواله، إذا كان الحكم قد أذن له في ذلك.

(م (148) إثبات مصري، و م (223) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «علىٰ أهل الخبرة سماع أقوال الخصوم ومن رخصت له المحكمة بأخذ أقوالهم»، و م(150) - (1) بينات سوري: «يعد الخبير محضرًا بمهمته يتضمن بيان حضور الخصوم، وأقوالهم، وملاحظاتهم، وبيان ما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضت الضرورة سماعهم». و م (91) - (1) إثبات سوداني: « يعد الخبير محضرًا بمهمته يتضمن دعوة الخصوم وأقوال وملاحظات من حضر منهم، وما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضىٰ الأمر سماعهم علىٰ أن يكون ذلك دون حلف يمين»).

(مادة 168): يجب أن يشتمل محضر أعمال الخبير علىٰ بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم، موقعة منهم ما لم يكن لديهم مانع من ذلك، فيذكر في المحضر كما يجب أن يشتمل علىٰ بيان أعمال الخبير بالتفصيل، وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه، أو بناءً علىٰ طلب الخصوم وتوقيعاتهم.

(م (149) إثبات مصري، و(224) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية): «يذكر في المحضر المشتمل علىٰ أعمال أهل الخبرة أقوال الخصوم، ومن رخص له بأخذ أقوالهم، ويوقع عليه من الجميع». و م (150) بينات سوري: «1 - يعد الخبير محضرًا

يتضمن بيان حضور الخصوم، وأقوالهم، وملاحظاتهم، وبيان ما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضت الضرورة سماعهم. 2 - ويوقع الخصوم علىٰ أقوالهم وملاحظاتهم، ويوقع غيرهم من الأشخاص علىٰ ما يدلون به من أقوال. وإذا لم يوقعوا يذكر السبب في المحضر».

و(91) إثبات سوداني، ونصها: «1- يعد الخبير محضرًا بمهمته يتضمن دعوة الخصوم، وأقوال وملاحظات من حضر منهم، وما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضىٰ الأمر سماعهم علىٰ أن يكون ذلك دون حلف يمين. 2- يوقع الخصوم علىٰ أقوالهم وملاحظاتهم، ويوقع غيرهم من الأشخاص علىٰ ما يدلون به من أقوال، وإذا امتنع أحدهم عن التوقيع يثبت الخبير ذلك في محضر أعماله»).

(مادة 169): علىٰ الخبير أن يقدم تقريرًا موقعًا منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز ودقة.

فإذا كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريرًا مستقلًّا برأيه، ما لم يتفقوا علىٰ أن يقدموا تقريرًا واحدًا يذكر فيه رأي كل منهم وأسبابه.

(م (150) إثبات مصري، و م (225) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «يضع أهل الخبرة تقريرًا ببيان أعماله ورأي، والأوجه التي استند إليها». و م (151) بينات سوري:

«1- يشفع الخبير محضره بتقرير يضمنه نتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي يستند إليها في تبرير هذا الرأي. ويجب أن يكون التقرير دقيقًا، وأن يكون موقعًا عليه من الخبير.

2- وإذا تعدد الخبراء واختلفوا فعليهم أن يقدموا تقريرًا واحدًا، وأن يذكروا فيه رأي كل منهم وأسبابه» و م (92) إثبات سوداني، ونصها:

«1- يعد الخبير تقريرًا بنتيجة فحصه.

2- يجب أن يشتمل التقرير علىٰ كافة الأمور التي طلب إبداء الرأي فيها مفصلًا، والنتائج التي توصل إليها الخبير، والأسباب التي بنىٰ عليها رأيه.

3- إذا تعدد الخبراء واختلفوا في الرأي، تعين أن يذكر في التقرير رأي كل منهم

مسببًا.

4- يقدم الخبير تقريره ومحضر أعماله إلىٰ المحكمة، وتعطىٰ صورة من التقرير لمن يطلبها من الخصوم»).

(مادة 170): يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب، ويودع كذلك جميع الأوراق التي سلمت إليه، فإذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها الدعوىٰ بعيدًا عن موطن الخبير - جاز له إيداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له، وعلىٰ هذه المحكمة إرسال الأوراق المودعة إلىٰ المحكمة التي تنظر الدعوىٰ.

وعلىٰ الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله، وذلك بكتاب مسجل.

(م (151) إثبات مصري، و م (228) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ونصها: «يجب علىٰ الخبير أن يودع بنفسه أو بمندوبه الخاص في قلم كتاب المحكمة - تقريره مرفقًا بجميع الأوراق التي يكون قد استلمها من الخصوم».

و م (152) بينات سوري، ونصها: «1 - علىٰ الخبير أو من ينوب عنه بمقتضىٰ توكيل خاص أن يسلم رئيس الكتاب في المحكمة تقريره، وما يلحق به من محاضر الأعمال، وما سلم إليه من أوراق. 2 - وعلىٰ رئيس الكتاب أن يبلغ صورة عن التقرير للخصوم خلال الثلاثة الأيام التالية لإيداعه». و م (92) - (4) إثبات سوداني، ونصها: «يقدم الخبير تقريره ومحضر أعماله إلىٰ المحكمة، وتعطىٰ صورة من التقرير لمن يطلبها من الخصوم».

(مادة 171): إذا لم يودع الخبير تقريره في الأجل المحدد في الحكم الصادر بتعيينه - وجب عليه أن يودع قلم الكتاب قبل انقضاء ذلك الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من الأعمال، والأسباب التي حالت دون إتمام مأموريته.

وفي الجلسة المحددة لنظر الدعوىٰ إذا وجدت المحكمة في مذكرة الخبير ما يبرر تأخيره منحته أجلًا لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره.

فإن لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد علىٰ خمسة عشر جنيهًا - ومنحته أجلًا آخر لإنجاز مأموريته وإيداع تقريره أو استبدلت به غيره وألزمته برد ما يكون قد قبضه من الأمانة إلىٰ قلم الكتاب وذلك بغير إخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات إن كان لها وجه.

ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بإبدال الخبير، وإلزامه برد ما قبضه من الأمانة.

وإذا كان التأخير ناشئًا عن خطأ الخصم حكم عليه بغرامة لا تقل عن جنيه، ولا تزيد علىٰ خمسة عشر جنيهًا، ويجوز الحكم بسقوط حقه في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير.

(م (152) إثبات مصري، و م (227) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ونصها: «إذا لم يقدم أهل الخبرة تقريره في المدة التي تستلزمها حالة العمل - جاز لمن يطلب من الخصوم التعجيل أن يعلنه بالحضور أمام المحكمة بميعاد ثلاثة أيام علىٰ الأقل. وعلىٰ المحكمة - ولو في غيبته - أن تضرب له ميعادًا لتقديم تقريره، أو تستبدل به غيره».

و م (157) - (1) بينات سوري، ونصها: «1 - إذا لم يقم الخبير بمهمته ولم يكن قد أعفي منها أو استقال من مهمته بعد أن باشرها - حكمت المحكمة عليه بالنفقات التي صرفها بلا فائدة، وبرد ما يكون قد قبضه من السلفة، وبالتعويضات إن كان لها محل. ويجوز للمحكمة علاوة علىٰ ذلك أن تحكم عليه بغرامة نقدية من (10) ليرات إلىٰ (300) ليرة سورية.

2- تطبق الفقرة السابقة أيضًا علىٰ الخبير الذي قررت المحكمة الاستعاضة عنه بغيره؛ عملًا بالفقرة الثانية من المادة (153)»).

(مادة 172): للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحددها لمناقشته في تقريره إن رأت حاجة لذلك، ويبدي الخبير رأيه مؤيدًا بأسبابه، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة مفيدًا في الدعوىٰ.

(م (153) إثبات مصري، و م (154) بينات سوري:

«1- للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب أحد الخصوم أن تأمر بدعوة الخبير لحضور الجلسة، إذا رأت في تقريره نقصًا، أو إذا رأت أن تستوضحه في مسائل معينة ولازمة للفصل في الدعوىٰ.

2- وللمحكمة أن توجه إلىٰ الخبير من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب أحد الخصوم من الأسئلة ما يكون مفيدًا في إيضاح تلك المسائل.

3- ولها إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات أن تأمر من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب أحد الخصوم بالقيام بتحقيق فني جديد، أو بعمل تكميلي تعهد به إلىٰ الخبير نفسه، أو إلىٰ خبير آخر».

و م (93) إثبات سوداني، ونصها: «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب الخصوم - دعوة الخبير لمناقشته في تقريره إذا رأت أنه غير مستوفٍ، أو إذا رأت أن تستوضحه في أمور لازمة للفصل في الدعوىٰ. ولها إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات التي قدمها الخبير - أن تكلفه تلافي الخطأ أو النقص، أو تعهد بالمهمة إلىٰ خبير غيره»).

(**مادة 173**): للمحكمة أن تعيد المأمورية إلىٰ الخبير؛ ليتدارك ما تبينه له من وجوه الخطأ أو النقص في عمله أو بحثه، ولها أن تعهد بذلك إلىٰ خبير آخر أو إلىٰ ثلاثة خبراء آخرين، ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق.

((154) **إثبات مصري، و م** (154) - (3) **بينات سوري**: «ولها - أي: للمحكمة - إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات - أن تأمر من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب أحد الخصوم بالقيام بتحقيق فني جديد، أو بعمل تكميلي تعهد به إلىٰ الخبير نفسه أو إلىٰ خبير آخر».

وعجز م (93) **إثبات سوداني**: «ولها - للمحكمة - إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات التي قدمها الخبير - أن تكلفه تلافي الخطأ أو النقص، أو تعهد بالمهمة كلها إلىٰ خبير غيره».

و م (241) **من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية**: «يجوز عند الاقتضاء تكرار تعيين أهل الخبرة السابقين أو غيرهم».

(**مادة 174**): للمحكمة أن تعين خبيرًا لإبداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير، ويثبت رأيه في المحضر.

(م (155) إثبات مصري، و م (213) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «يجوز للمحكمة أن تعين أهل خبرة ليعطوا رأيهم أمام الجلسة شفهيًّا بدون احتياج لتقديم تقرير، وفي هذه الحالة يكتب رأيهم بمحضر الجلسة».

و م (142) بينات سوري: «للمحكمة أن تعين خبراء ليدلوا برأيهم شفويًّا في الجلسة، دون حاجة إلىٰ تقديم تقرير، وفي هذه الحالة يثبت رأيهم في محضر الجلسة». و م (88) إثبات سوداني: «للمحكمة أن تعين خبيرًا أو أكثر لإبداء الرأي أمامها بالجلسة دون حاجة إلىٰ تقديم تقرير مكتوب، وفي تلك الحالة يدون رأي الخبير في محضر الجلسة»).

(**مادة 175**): رأي الخبير لا يقيد المحكمة.

(م (156) إثبات مصري، و م (240) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «لا تكون المحكمة مقيدة برأي أهل الخبرة»: و م (155) بينات سوري ونصها: «رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وإذا حكمت المحكمة خلافًا لرأي الخبير، وجب عليها بيان الأسباب التي أوجبت إهمال هذا الرأي كله أو بعضه». و م (94) إثبات سوداني: « رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها إذا قضت بخلاف رأيه أن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كله أو بعضه»).

(**مادة 176**): تقدر أتعاب الخبير ومصروفاته بأمر يصدر علىٰ عريضة من رئيس الدائرة التي عينته، أو قاضي محكمة المواد الجزئية الذي عينه بمجرد صدور الحكم في موضوع الدعوىٰ.

فإذا لم يصدر هذا الحكم في الثلاثة الأشهر التالية لإيداع التقرير لأسباب لا دخل للخبير فيها قدرت أتعابه ومصروفاته بغير انتظار الحكم في موضوع الدعوىٰ.

(م (157) إثبات مصري، و م (231) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «أجور

الخبراء ومصاريفهم تقدرها المحكمة التي تنظر الدعوىٰ بأمر يحرر في آخر التقرير. وإذا مضىٰ أربعة أشهر من تقديم التقرير، ولم يصدر حكم في الدعوىٰ - جاز للخبير أن يقدم طلبًا بتقدير أجرته للرئيس أو للقاضي. وتذكر القيمة المقدرة بالعبارة والأرقام، ويوقع علىٰ ذلك كل من الرئيس والكاتب». و م (156) بينات سوري، ونصها: «تقدر أتعاب الخبير ونفقاته وفقًا للقوانين النافذة». و م (95) إثبات سوداني، ونصها: «تقدر المحكمة أتعاب الخبير ومصروفاته، مراعية في ذلك أهمية الدعوىٰ والأعمال التي قام بها، والزمن الذي استغرقه في أداء المهمة، ويلزم بها الخصم الذي طلب ندب الخبير أو كان ندبه في مصلحته، وبعد الحكم في الدعوىٰ تدخل في مصروفاتها، ويلزم من يقضي الحكم بإلزامه بها».

(مادة 177): يستوفي الخبير ما قدر له من الأمانة، ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ علىٰ من طلب تعيينه من الخصوم، وكذلك علىٰ الخصم الذي قضىٰ بإلزامه بالمصروفات.

(م (158) إثبات مصري، و(234) من لائحة المحاكم الشرعية: «تقدير الأجرة يكون نافذًا علىٰ الخصم الذي طلب تعيين أهل الخبرة أو كان تعيين الخبير في مصلحته، ومن بعد صدور الحكم في الدعوىٰ يكون نافذًا أيضًا علىٰ المحكوم عليه»).

(مادة 178): للخبير ولكل خصم في الدعوىٰ أن يتظلم من أمر التقدير، وذلك خلال الثمانية الأيام التالية لإعلانه.

(م (156) إثبات مصري، و م (236) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «تقبل المعارضة في تقدير الأجرة من الخصوم وأهل الخبرة في الأيام الثلاثة التالية ليوم إعلان الأمر بتقديرها، وتكون بعريضة تقدم لرئيس المحكمة أو للقاضي الجزئي، ويترتب عليها إيقاف تنفيذ الأمر المذكور»).

(مادة 179): لا يقبل التظلم من الخصم الذي يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه، إلا إذا سبقه إيداع الباقي من المبلغ المقدر خزانة المحكمة، مع تخصيصه لأداء ما يستحقه

الخبير.

(م (160) إثبات مصري).

(مادة 180): يحصل التظلم بتقرير في قلم الكتاب، ويترتب علىٰ رفعه وقف تنفيذ الأمر، وينظر في غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور، بناءً علىٰ طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام، علىٰ أنه إذا كان قد حكم نهائيًّا في شأن الإلزام بمصروفات الدعوىٰ - فلا يختصم في التظلم من لم يطلب تعيين الخبير، ولم يحكم عليه بالمصروفات.

❋ ❋ ❋

فهرس الموضوعات

قانون الإثبات: مشروعات تقنين أحكام الشريعة الإسلامية

❁ ❁ ❁